Die subjektiven Unrechtselemente im geltenden Strafgesetzbuch.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Juristischen Fakultät
der
Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von
Albrecht Günther Molitoris
aus Innsbruck

1 9 3 9.
Buchdruckerei Karl Döres, Erlangen, Jägerstraße 3.

Referent: Univ.-Prof. Dr. Köhler.

Meinem Vater!

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Soll eine eingehende Untersuchung eines strafrechtlichen Problems von Erfolg sein und nicht einseitig und schief werden, so muß sie auf für gesichert geltenden Grundlagen aufbauen.

Fundament allen strafrechtlichen Denkens ist der Begriff des „Verbrechens". Verbrechen ist nach geltender Ansicht rechtswidrige, tatbestandsmäßige, schuldhafte Handlung. Diese Dreigliederung des Begriffes in Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld kann wohl als gesicherte Grundlage gelten. Auch unsere Untersuchung soll von dieser Scheidung der drei Verbrechensvoraussetzungen ausgehen. Ueber der Trennung derselben darf jedoch ihr Zusammenhang nicht vergessen werden; denn aus den gesetzlichen Tatbeständen ergibt sich die Rechtswidrigkeit einer Handlung, während der Inhalt der Schuld bestimmt wird aus den Beziehungen des Täters zur Rechtswidrigkeit, die typisierte Tatbestandsmäßigkeit ist.

Dieser enge Zusammenhang zwischen Tatbestand, Unrecht und Schuld bringt es mit sich, daß es Grenzgebiete zwischen diesen Verbrechensmerkmalen gibt.

Eines dieser Grenzgebiete — subjektive Elemente der Rechtswidrigkeit — ist der Gegenstand unserer Untersuchung. Grundsätzlich muß festgehalten werden an der Trennung zwischen Schuld und Unrecht; denn wenn man diese leugnet wie die Subjektivisten und insbesondere Adolf Merkel,[1]) so gibt es kein gegenseitiges Verhältnis von Unrecht und Schuld. Für unsere Fragestellung, ob ein psychischer Vorgang zum Unrecht oder zur Schuld gehört, würde dann die notwendige Grundlage fehlen. Die ganze Lehre von den subjektiven Unrechtselementen kann also nur auf dem Boden der objektiven Rechtswidrigkeitslehre erwachsen, welche eine Trennung von Schuld und Unrecht verlangt und welche die Schuld als grundsätzlich subjektiv, das Unrecht dagegen als grundsätzlich objektiv auffaßt.

Die Frank-Belingsche Aufteilung,[2]) wonach alles auf objektivem Gebiet Liegende zur Rechtswidrigkeit, alles auf subjektivem Gebiet Liegende zur Schuld gerechnet werden müsse, läßt subjektiven Unrechtselementen keinen Platz. Diese Auffassung wird aber auch den Tatsachen des positiven Rechts, das wir dem Strafgesetz, besonders den einzelnen Straftatbeständen entnehmen können, nicht gerecht. Stimmt diese Auffassung auch grundsätzlich, so gibt es Fälle, bei denen die Rechtswidrigkeit einer Handlung ohne Rücksicht auf seelische Momente des Subjektes, also ohne subjektive Unrechtselemente, nicht festgestellt werden kann. Diese Tatsache führte zum Aufkommen der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen und sicherte ihren Erfolg.

Die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen, die sowohl für die tatbestandsmäßige Unrechtsbegründung wie für das Gebiet der Unrechtsausschließungsgründe Bedeutung besitzt, besagt Folgendes:

Die subjektiven Beziehungen des Unrechtstäters zu dem von ihm begangenen Unrecht sind — in der Regel wenigstens — nicht bedeutsam für das Unrecht, sondern für die persönliche Zurechnung desselben, für die Schuld. Das Strafgesetz zeigt uns jedoch, daß man nicht unbedingt alles Objektive zum Unrecht und alles Subjektive zur Schuld rechnen, jenes nur objektiv und dieses nur subjektiv bestimmen kann. Nach der Seite, die uns interessiert, nach der Seite der Unrechtsbestimmung, gehen die Ausnahmen dahin, daß diese in gewissen Beziehungen abhängig sein kann von subjektiven Momenten. Aeußerlich gleiches Tun kann das eine Mal Recht, das andere Mal Unrecht sein, je nach dem Sinn, den der Täter mit seinem Tun verknüpft, je nach der seelischen Einstellung, mit der er die Handlung vollzieht. Die Lehre sagt also, daß es für die Grenze von Recht und Unrecht mitunter auch auf seelische Faktoren ankommt.

Sollen subjektive Momente zur Unrechtsbestimmung herangezogen werden, so bedarf es in jedem Falle einer besonderen Begründung. Solch einen Grund gibt uns das Gesetz, wo es für den einzelnen Tatbestand sich mit einem Teil der objektiven Unrechtsvoraussetzungen begnügt und im übrigen auf die ins Subjektive verflüchtigte seelische Einstellung des Täters verweist.[3]) Existent werden sie auch dort, wo der Eingriff in fremde Interessen dem Täter gestattet wird, der Gesetzgeber bei diesem Eingriff aber den guten Willen des Täters als ein unentbehrliches Erfordernis zur Beseitigung der Rechtswidrigkeit bzw. zur Erhaltung der Rechtmäßigkeit fordert.

Die herrschende Lehre von den subjektiven Unrechtselementen behauptet nicht, daß das geltende Recht rein subjektive Unrechtsbegründung kennt. Eine solche Auffassung verträgt sich nach der

überwiegenden Ansicht nicht mit der Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit.

Ob subjektive Unrechtselemente als subjektive Unrechtsausschließungsgründe vorliegen können, darüber herrscht geteilte Meinung. Auch über die Frage, ob sie nur Unrechtselemente sind oder zugleich auch Schuldelemente darstellen, besteht keine Einigkeit.

Die Behauptung, daß ein subjektives Unrechtselement vorliegt, bedarf des Nachweises,

1. daß es sich hier um ein Element handelt, das subjektiv, d. h. psychisch ist und
2. daß dieses Element Unrechtscharakter besitzt.

I.

Wenn wir auch grundsätzlich von der objektiven Rechtswidrigkeitstheorie ausgehen, so erspart uns dies doch nicht eine nähere Untersuchung dieser Lehre wie der Verbrechensbestandteile überhaupt. Eine kritische Untersuchung der Begriffe „Verbrechen", „Handlung", „Unrecht", „Schuld", „subjektiv" und „objektiv" ist Voraussetzung für eine Erfassung der subjektiven Unrechtselemente, ihres Wesens und ihrer Bedeutung.

Gerade heute, wo sich die Angriffe auf die objektive Rechtswidrigkeitstheorie häufen, muß auf diese näher eingegangen werden. Der gewaltige Umbruch im Leben des deutschen Volkes, in seinem Staats- und Rechtsleben berührt vor allem auch das Strafrecht. Gerade das Strafrecht in seinen engen Beziehungen und seiner Abhängigkeit von Staats- und Rechtsauffassung wird durch diesen Umbruch so sehr beeinflußt, daß man mit Recht bei allen Strafrechtssätzen fragen muß: Gilt das heute auch noch, zum mindesten in dieser Form, was gestern noch als unumstößliches Dogma gegolten hat? Eine Untersuchung, die Anspruch darauf machen will, zeitgemäß zu sein und Geltung für das heutige Strafrecht zu besitzen, muß also dementsprechend durchgeführt werden. Die Anschauungen und die Betrachtungsweise, wie man an das heute noch geltende Strafgesetzbuch herantritt, sind derart neu geworden, daß sich schon daraus — ohne Aenderung des Gesetzestextes — wichtige Korrekturen an den bisherigen Dogmen und Theorien notwendigerweise ergeben müssen. Ein Willensstrafrecht — und ein solches wird sich aus der nationalsozialistischen Strafrechtsauffassung logischerweise entwickeln müssen — betont vor allem die subjektive Seite des Verbrechens. Es fragt sich nun, läßt sich überhaupt noch der alte Verbrechensbegriff mit seiner objektiven Seite, der Rechtswidrigkeit,

seiner subjektiven Seite, der Schuld und seiner Umgrenzung, dem Tatbestand, in alter Weise aufrechterhalten? Kann sich heute die Theorie von der objektiven Rechtswidrigkeit überhaupt noch behaupten, muß sie ganz aufgegeben werden, muß sie sich ändern, um den heutigen Anschauungen gerecht zu werden oder ist sie elastisch und stark genug, um sich auch heute noch durchzusetzen?

Ihre Elastizität und ihren groß angelegten Bau hat sie bewiesen, als sie ein Auftauchen und Sichbehaupten der subjektiven Unrechtselemente in ihrem Rahmen ermöglicht hat. Die subjektiven Unrechtselemente im geltenden Strafrecht beweisen, daß auch hier schon Willensmomenten maßgebender Einfluß auf die Rechtswidrigkeit einer Handlung, nicht nur ihre Vorwerfbarkeit eingeräumt worden war. Die objektive Rechtswidrigkeitslehre erlaubt also letzten Endes eine Berücksichtigung des Willens. Die Frage, ob Willensstrafrecht und objektive Rechtswidrigkeitslehre sich naturnotwendig gegenseitig ausschließen müssen, kann also nicht mit einem glatten Ja beantwortet werden.

Das Auftauchen subjektiver Unrechtselemente besagt auch nicht eine Schwäche der Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit. Die Existenz subjektiver Unrechtselemente wird begründet durch den Charakter des besonderen Teils des Strafgesetzbuchs. Die Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit ist ein logisch zusammengesetztes Ganzes, was man jedoch nicht von dem besonderen Teil des Strafgesetzbuchs behaupten kann. Binding [4]) spricht mit Recht vom fragmentarischen Charakter des Strafgesetzbuchs. Auch die Bestrebungen neuerer Zeit, einen allgemeinen Teil des besonderen Teils des Strafgesetzbuchs zu schaffen,[5]) zeigen das Fehlen einer einheitlichen Zielrichtung bei ihm und fordern das Schaffen eines solchen. Der Angriff auf die objektive Rechtswidrigkeitslehre auf Grund der Existenz subjektiver Unrechtselemente dürfte damit von vornherein abgewiesen sein. Das Vorhandensein der subjektiven Unrechtselemente hängt nicht mit einer verfehlten objektiven Rechtswidrigkeitslehre zusammen, sondern kommt aus der Uneinheitlichkeit der positiven Strafrechtssätze. Nachdem wir gesehen haben, daß ein Willensstrafrecht die objektive Rechtswidrigkeitslehre keineswegs ausschließt und daß die Annahme subjektiver Unrechtselemente nicht im Widerspruch zu ihr steht, wollen wir uns nunmehr dieser Lehre selbst, welche die dogmatische Grundlage unserer Untersuchung darstellt, zuwenden.

Die Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit sagt:

Eine Handlung ist rechtswidrig, wenn sie den objektiven Normen des Rechts widerspricht, wobei Handlung nach herrschender Ansicht Willensbetätigung ist. Dieses Recht ist gedacht als eine objektive Lebensordnung, Unrecht demgemäß als die Verletzung

dieser Ordnung. Eine Verletzung dieser Ordnung wird vom Recht rein objektiv, ohne Beziehung zum Täter, als rechtswidrig bewertet und somit stellt sich das Unrecht als objektiver Widerspruch gegen die Bewertungsnormen des Rechts dar. Aus den objektiven Bewertungsnormen sind die an die Adresse des einzelnen Rechtsunterworfenen gerichteten subjektiven Bestimmungsnormen des Rechts abzuleiten. Denn das Recht hat nicht nur die Funktion, einen objektiven Wertmaßstab für die menschlichen Handlungen zu bilden, sondern auch die sich darauf aufbauende, dem Einzelnen zu sagen, was sein soll und was nicht sein soll. Das Recht tritt also in doppelter Funktion auf, als Bewertungsnorm und als Bestimmungsnorm. Die Verletzung des Rechts als Bestimmungsnorm ist nicht für den Nachweis des Unrechts, wohl aber für den der Schuld von entscheidender Bedeutung. Schuld ist somit der Widerspruch gegen die Bestimmungsnormen des Rechts. Diese begriffliche Trennung von Bewertungsnorm und Bestimmungsnorm zeigt uns in klarer Weise, wie wir zu einer Begriffsbestimmung der beiden Ausgangspunkte unserer Untersuchung, Unrecht und Schuld, kommen können.

Den Unrechtsbegriff kann man sowohl formell als auch materiell fassen.

Formell ist Unrecht Widerspruch mit dem Recht als adressenloser Bewertungsnorm.

Materiell ist Unrecht Verletzung der von der Rechtsordnung geschützten Rechtsgüter.

Nach dieser kurzen Bestimmung des Unrechts kommen wir zur Begriffsbestimmung der Schuld.

Schuld ist eine psychische Beziehung des Täters zu seiner Tat, ist also nur denkbar in Beziehung auf begangenes Unrecht. Schuld bedeutet die persönliche Vorwerfbarkeit eines begangenen Unrechts.

Aus der Definition von Unrecht und Schuld sehen wir, daß das Unrecht objektiven, die Schuld subjektiven Charakter besitzt.

Unter subjektiv kann man in diesem Zusammenhang zweierlei verstehen:

1. Auf das Subjekt des Verbrechens, den Täter, Bezügliches.
2. Vorgänge, die der Innenwelt angehören, also solche psychischer Art, gleichgültig, ob sie beim Täter selbst oder bei Dritten auftreten.

In unserer Untersuchung ist der Begriff subjektiv nur in diesem zweiten Sinne gemeint.

Unter objektiv verstehen wir außerhalb der Psyche des Täters, überhaupt einer Person Liegendes, also Vorgänge in der Außenwelt.

II.

Nachdem wir nun kurz die Grundlagen skizziert haben, auf denen wir unsere Untersuchung aufbauen wollen, geben wir zunächst einen kurzen dogmengeschichtlichen Ueberblick, um die Entwicklung der Lehre bis zu ihrem heutigen Stand aufzuzeigen.

Da wir uns auf den Boden der objektiven Rechtswidrigkeitslehre gestellt und uns dazu bekannt haben, erübrigt sich eine dogmatische Uebersicht über den meist rechtsphilosophischen Streit zwischen den Verfechtern einer subjektiven Rechtswidrigkeitslehre und ihren Gegnern, den Vertretern einer objektiven Rechtswidrigkeitslehre, der zum Schluß mit dem Siege der objektiven Rechtswidrigkeitslehre endete.[6])

Hans Albrecht Fischer untersuchte als Erster auf der Grundlage der objektiven Rechtswidrigkeitslehre in seinem Buch „Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts" 1911 das positive Recht, besonders das bürgerliche daraufhin, inwieweit man eine Bedeutung der subjektiven Zwecke des Handelnden für die Abgrenzung von Recht und Unrecht nachweisen könne. Er bejaht die Möglichkeit dieses Nachweises durch Einzeluntersuchung derartiger Gesetzesvorschriften und kommt zu dem für uns wichtigen Schluß, „daß nicht ein objektives Geschehen verboten ist, sondern, daß es verboten oder erlaubt ist, je nach der Gesinnung, mit welcher der Täter die Tat begeht".[7]) Als Grundlagen für seine Behauptung benützt Fischer die Vorschriften für das Schikaneverbot nach § 226 BGB., die Notwehr nach § 227 BGB., § 53 StGB, den Notstand nach §§ 228, 904 BGB., 54 StGB., die Nötigung nach § 52 StGB., die Selbsthilfe nach § 229 BGB. und die Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677 ff. BGB. Nach seiner Anschauung kommt es für eine Rechtfertigung nach diesen Bestimmungen auf den Zweck des Täters an. Die gleiche Ansicht vertritt er bezüglich des Heileingriffs, der zu seiner übergesetzlichen Rechtfertigung des Heilzwecks bedarf. Er erkennt also subjektive Rechtfertigungselemente an und unterscheidet bereits Zweck und Motiv des Täters, wobei der erstere unrechtsbedeutsam, das zweite nur schuldbedeutsam sei. Zu dieser Anschauung kommt Fischer, ohne Subjektivist zu sein. Er verwirft die Imperativentheorie von Thon[8]) und beharrt auf einer Scheidung von Unrecht und Schuld.[9]) Sein Ausgangspunkt ist und bleibt der Boden der objektiven Rechtswidrigkeitslehre.

Die Ausführungen Fischers, die den Grund zum Aufbau der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen hätten bilden können, hatten auf die strafrechtliche Doktrin nicht den zu erwartenden Einfluß ausgeübt, vielleicht aus dem Grunde, weil das unterscheidende

Merkmal zwischen Unrecht und Schuld nicht klar genug herausgearbeitet worden ist.

Das Problem wurde eigentlich erst wirklich durch die Arbeiten von Hegler und M. E. Mayer zur Debatte gestellt.

August Hegler vertritt in seiner Abhandlung „Die Merkmale des Verbrechens" 1915[10]) die Ansicht, daß es eine große Anzahl von Fällen gibt, nämlich die Delikte mit überschießender Innentendenz, in denen vom Gesetz verlangte subjektive Momente die Rechtswidrigkeit der Tat mitbegründen. Hegler geht bei seiner Untersuchung vom Standpunkt der objektiven Rechtswidrigkeitslehre aus und stützt seine Behauptung auf die Lehren der materiellen Rechtswidrigkeitstheorie. Er bezeichnet ein Verhalten als materiell rechtswidrig, wenn es gesellschaftsschädlich ist. Nicht immer ist nach ihm nur ein äußeres Verhalten gesellschaftsschädlich, es gibt vielmehr auch Fälle „sozusagen ins Subjektive verflüchtigter Momente" des gesellschaftsschädlichen rechtswidrigen Verhaltens. Bei den Delikten mit überschießender Innentendenz wird im Tatbestand auf der Innenseite etwas verlangt, dem äußerlich, objektiv nichts korrespondieren muß, es handelt sich hier also nicht um einen Vorsatzbestandteil, da bei diesem dem Subjektiven etwas Objektives korrespondieren muß, sondern um ein Unrechtselement. Der Gesetzgeber hätte diese Elemente auch als objektiv vorliegend verlangen können; aber er begnügte sich damit, daß nur ein Teil objektiv sein muß und daß darüber hinaus nur eine bestimmte innere Tendenz vorliegen müsse. Diese Tendenz ist also Unrechtselement.

Beim Unrechtsausschluß spielen nach Heglers Anschauung subjektive Elemente keine Rolle; denn das bloße Vorliegen bestimmter subjektiver Zwecke kann ein sonst interesseverletzendes Verhalten nicht rechtfertigen. Auch verneint er, daß ein sonst gegebener Unrechtsausschließungsgrund durch Vorliegen bestimmter Ab- oder Ansichten des Täters ausgeschlossen werde und verneint damit die Möglichkeit einer sog. negatio negationis des Unrechts durch subjektive Momente.

In seinem Aufsatz im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. IX, 1916: „Die Systematik der Vermögensdelikte" vertritt Hegler die Ansicht, daß außer den Fällen mit überschießender Innentendenz täterpsychische Momente also subjektive Momente, für die Unrechtsbegründung auch bei den Fällen sog. sinngebender Absicht in Betracht kommen. Bei den letzteren reicht die Absicht nicht über das objektiv verlangte Verhalten hinaus, sondern steht hinter ihnen und gibt ihnen einen bestimmten Sinn. Er prüft darin auch die Frage, ob es Unrechtsausschließungsgründe gibt, für deren Begründung oder Ausschließung subjektiven Momenten bestimmende

Bedeutung zukommt. Hegler verneint diese Frage und verneint sie auch noch 1930 in seinem Beitrag zur Frank-Festschrift „Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs".[11]) In dieser Festschrift prüft er die subjektiven Unrechtselemente eingehend, beweist deren Existenz, teilt sie in Gruppen ein und behandelt auch ihre theoretische und vor allem praktische Bedeutung. Er weist die Angriffe Zimmerls[12]) auf die Lehre zurück; nach ihm ergeben sich vor allem nicht, wie Zimmerl meint, unmögliche Konsequenzen der Lehre, wenn man genau zwischen Absicht und Vorsatz scheidet. Er setzt sich auch mit Goldschmidts Rechts- und Pflichtnormentheorie[13]) und der sich daraus ergebenden Ablehnung der subjektiven Unrechtselemente auseinander. Die praktische Bedeutung unserer Lehre behandelt er für die Notwehrfrage, Teilnahmelehre und Versuchslehre, Konkurrenz- und Irrtumslehre. Hegler lehnt die These Mezgers[14]) und Franks[15]) ab, die besagt, daß die subjektiven Unrechtselemente nicht nur Unrechtselemente, sondern zugleich auch Schuldelemente seien; für ihn sind die subjektiven Unrechtselemente nur Rechtswidrigkeitselemente.

Gleichzeitig, aber unabhängig von Hegler, befaßt sich Max Ernst Mayer in seinem „Lehrbuch des allgemeinen Teils des Strafrechts" 1915[15a]) mit den subjektiven Rechtswidrigkeitselementen. Auch Mayer hält am objektiven Ausgangspunkt der Rechtswidrigkeitslehre fest; auch ihm ist die objektive Bestimmung der Rechtswidrigkeit ein methodisches Erfordernis. Für Mayer sind die subjektiven Unrechtselemente Anomalien. Aber fest steht für ihn, daß die Widerrechtlichkeit einer Handlung nicht immer ohne Rücksicht auf die Zwecke des Subjekts (Täters) festgestellt werden kann. Diese subjektiven Unrechtselemente sind echte Merkmale der Rechtswidrigkeit, sie sind nicht erst Schuldmerkmale, weder echte noch unechte. Die Schuldfrage ist getrennt davon zu lösen. Die Rechtswidrigkeit wird durch eine teleologische Betrachtungsweise festgestellt und zwar immer, da der Wert einer Handlung stets an Zwecken gemessen wird. Bei der Feststellung einer rein objektiv feststellbaren Widerrechtlichkeit ist der Zweck des Täters irrelevant. Bei einer von subjektiven Elementen mitbegründeten Rechtswidrigkeit gründet sich diese auf die Zwecke des Täters. Der Zweck des Täters kann also unrechtsbedeutsam werden; nicht so das Motiv. Das Motiv ist nur bedeutsam für die Zurechenbarkeit einer Handlung, also für die Schuld. Am deutlichsten wird dieser Unterschied, wenn Zweck und Motiv des Täters verschiedenen Inhalt haben. Haben Zweck und Motiv denselben Inhalt, so fordert derselbe konkrete psychische Vorgang zweifache Beachtung, einmal um die Widerrechtlichkeit, dann um die Zurechenbarkeit der Handlung festzustellen. Mayer bejaht es, daß Unrechtsausschließungsgründe durch subjektive Mo-

mente beeinflußt werden, bejaht auch einen Ausschluß der Rechtfertigung aus subjektiven Zwecken.

In stärkerem Maße objektiv orientiert ist Wilhelm Sauer in seinen „Grundlagen des Strafrechts" 1921.[15b]) Aber auch er muß subjektive Unrechtselemente der Sache nach anerkennen. Sauer, der, auf dem Boden der objektiven und materiellen Rechtswidrigkeitslehre stehend, an einer scharfen Trennung zwischen Unrecht und Schuld festhält, bejaht, daß durch ein Tatbestandsmerkmal subjektiver Natur die Tatbestandsmäßigkeit hergestellt und insofern die Rechtswidrigkeit mitbegründet werden kann und läßt insoweit subjektive Momente als unrechtsbedeutsam gelten. Er lehnt wie Hegler subjektive Momente bei der Begründung des Unrechtsausschlusses und des Ausschlusses der Rechtfertigung ab. Hiebei kommt es nach seiner Ansicht nur auf den tatsächlichen Erfolg der Tat und nicht auf den Willen des Täters an; für ihn ist eine Handlung dann nicht rechtswidrig, wenn sie dem Staat mehr nützt als schadet.

Weitgehende Anerkennung fand die Lehre durch ihre Bearbeitung von Edmund Mezger. Durch dessen Arbeiten wurde ihre Bedeutung und ihr Ausmaß erst klar erkannt und Allgemeingut der Strafrechtsdogmatik. Durch Mezger fand die Lehre Anerkennung bei Eberhard Schmidt, Reinhard v. Frank, Graf zu Dohna, Max Grünhut, Karl Engisch, Robert v. Hippel, Richard Honig, Michael Wachinger und Gustav Radbruch. Eingehend hat Mezger das Problem in seiner Monographie „Die subjektiven Unrechtselemente" im Gerichtssaal, Bd. 89, im Jahre 1924 untersucht mit besonderer Berücksichtigung der Rechtfertigungselemente.

Die Schrift Mezgers „Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände" 1926 ist vor allem den subjektiven Tatbestandselementen-Unrechtselementen gewidmet. Er verbessert darin seine 1924 im Gerichtssaal dargelegten Ansichten.

Eine Uebersicht und klare Zusammenfassung der Lehre gibt Mezger in seinem Strafrechtslehrbuch.

Auch Mezger bestimmt das Wesen der Rechtswidrigkeit objektiv und materiell. Recht ist für Mezger objektive Lebensordnung und Unrecht Verletzung dieser objektiven Ordnung. Den materiellen Gehalt des Rechts bildet für ihn der Schutz menschlicher Interessen; materielles Unrecht ist Verletzung solcher Interessen. Für die Schuld gilt ihm der Grundsatz: Ohne Unrecht keine Schuld. Schuld ist ihm persönliche Vorwerfbarkeit begangenen Unrechts.

Wenn auch nach Mezger das Unrecht grundsätzlich objektive Interessenverletzung ist, ist diese nicht immer unabhängig von der subjektiven Willensrichtung des Täters. Nach seinen Ausführungen im Gerichtssaal gilt dies vor allem:

1. wenn die Rechtsordnung bei Feststellung des Unrechts nur einen Teil der Unrechtsvoraussetzungen objektiviert verlangt und den Eintritt der Rechtsverletzung von subjektiven Merkmalen abhängig macht;

2. wenn die Rechtsordnung Interessenverletzung erlaubt, vom Täter aber als Voraussetzung dafür die entsprechende subjektive Einstellung verlangt;

3. wenn die Interessenverletzung intensiviert wird durch besonders antisoziale Willensrichtung.

In seinem Beitrag zur Festschrift für Ludwig Traeger „Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände“ [16]) hat Mezger das im Gerichtssaal über die subjektiven unrechtsbegründenden Elemente Dargestellte umgearbeitet. Er sieht hier das Wesen der täterpsychischen Elemente im sinnerfüllten Wollen der äußeren Handlung. Er unterscheidet 3 Untergruppen sinnerfüllten Wollens: Ausdrucksdelikte, Tendenzdelikte und Absichtsdelikte. Mezger kennt neben den täterpsychischen subjektiven Tatbestandselementen auch solche außerhalb des Täters. Solche gibt es nach seiner Ansicht bei den Eindrucksdelikten und den objektiven Sinndelikten.

In seiner Monographie „Die subjektiven Unrechtselemente“ hat Mezger die subjektiven Unrechtselemente nur als Unrechtsbestandteile gesehen ,nicht auch als Schuldbestandteile. Diese Ansicht ändert er in dem jetzt behandelten Aufsatz, durch Frank überzeugt, um. Er bejaht jetzt auch den Schuldcharakter der subjektiven Unrechtselemente.

Die wichtigsten Fälle von subjektiven Unrechtselementen sieht Mezger im Gegensatz zu Hegler und Sauer im Gebiet der Unrechtsausschließungsgründe. Das Unrecht entfällt entweder nach dem Prinzip des mangelnden Interesses oder nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses. Im ersten Fall besteht kein Interesse am Schutz des beeinträchtigten Rechtsguts aus bestimmten Gründen heraus, während im zweiten Fall zwar ein Interesse am Schutz des verletzten Rechtsgutes besteht, aber ein höher zu bewertendes Interesse an einem anderen Rechtsgut zu wahren ist und diesem zuliebe die Beeinträchtigung des einen Rechtsguts in Kauf genommen werden muß. Ein Beispiel für den ersten Fall ist die Einwilligung des Verletzten, ein Beispiel für den zweiten Fall ist die Rechtsgutsverletzung in Ausübung von Amtspflichten.

Mezger behandelt auch die praktische Bedeutung der Annahme subjektiver Unrechtselemente für die Lehren des allgemeinen Teils des Strafrechts, für die Notwehrlehre, besonders für die Teilnahmelehre, für die Lehre von der Akzessorietät und für die Konkurrenzlehre.

Wie schon erwähnt, fand die Lehre durch Mezger auch Anerkennung bei Eberhard Schmidt in seiner Bearbeitung der

25. Auflage des Lisztschen Lehrbuchs des Strafrechts. Schmidt ist für eine objektive und materielle Bestimmung des Wesens der Rechtswidrigkeit. Das Recht hat nach ihm eine doppelte Funktion. Bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit fungiert das Recht als objektive Bewertungsnorm, bei Feststellung der Schuld als Bestimmungsnorm. Auf dieser Grundlage kommt er zu einer Anerkennung der subjektiven Unrechtselemente und subjektiver Rechtfertigungselemente. Er sieht in der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen keine Durchbrechung der Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit. Für ihn bleibt das Werturteil „rechtswidrig" auch dann noch objektiv, „wenn zu den Voraussetzungen dieses Werturteils gewisse täterpsychologische Momente gehören".[17]) Die praktische Bedeutung der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen sieht Schmidt vor allem für die mittelbare Täterschaft und für die Mittäterschaft.

Reinhard von Frank bejaht mit Hegler und Mezger das Bestehen subjektiver Unrechtselemente. Gegen Hegler und auch gegen die im Gerichtssaal noch vertretene Ansicht Mezgers ist er der Meinung, daß die subjektiven Unrechtselemente zugleich auch Schuldelemente seien, da das eine das andere nicht ausschließe.[18])

Alexander Graf zu Dohna stimmt mit Mezgers Ansicht über die subjektiven Unrechtselemente im Grundsätzlichen überein, nur über den Umfang der Lehre ist er mit ihm nicht ganz einer Meinung. Im Gegensatz zu Mezger nimmt er subjektive Rechtfertigungsgründe bei § 228 BGB., bei § 53 StGB. und bei § 193 StGB. an.[19])

Eingehende Kritik und Einschränkung übt Leopold Zimmerls „Lehre vom Tatbestand" 1928. Zimmerl sieht die Rechtswidrigkeit als in der Regel von rein objektiven Tatbestandsmerkmalen bestimmt an und bejaht das Bestehen subjektiver Tatbestandselemente im positiven Recht, aber er nimmt viel weniger subjektive Elemente mit unrechtsbegründendem Charakter an als Mezger. Er scheidet Mezgers Absichtsdelikte wegen der sich daraus für ihn ergebenden unhaltbaren Konsequenzen für Notwehr, Irrtum, Teilnahme und Versuchslehre aus. Zimmerl unterscheidet echte und unechte Absichtsdelikte. Bei den unechten Absichtsdelikten begründet das Moment der Absicht kein Unrecht; diese ist, wie der Inhalt der Absicht, nur Schuldbestandteil. Bei den echten Absichtsdelikten begründet der Inhalt der Absicht tatsächlich den Unrechtscharakter der Handlung; aber nicht die Absicht als solche ist Tatbestandselement, sondern nur das Objekt des Inhalts der Absicht. Damit faßt er das subjektive Tatbestandselement als ein letzten Endes objektives auf. Bei einigen Tendenzdelikten Mezgers nimmt er subjektive Unrechtsbestandteile an, bei den anderen gehört nach ihm das subjektive „Unrechts"-element zur Schuld. Bei den Ausdrucksdelikten bejaht Zimmerl Mezgers Ansichten; hier nimmt auch er subjektive Unrechtselemente

an. — Bei der kleinen Zahl der von ihm zugegebenen subjektiven Unrechtselemente hält er deren praktische Bedeutung für gering. Neu ist die dogmatische Anschauung Zimmerls, daß die Schuld generell ein subjektives Unrechtselement sei. Die Existenz subjektiver Rechtfertigungsgründe verneint Zimmerl prinzipiell; da das Unrecht ja grundsätzlich von subjektiven Elementen frei ist, ist im Zweifel eine objektive Natur der Unrechtsausschließungsgründe anzunehmen.

Die Kritik Zimmerls an der Lehre weist Hegler zurück in seinem schon erwähnten Beitrag zur Frank-Festschrift.[20])

Neuartige Gedanken, deren praktischer Wert für die Lehre aber fraglich ist, brachte dann noch Erik Wolf. In seiner Abhandlung „Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts“ 1931 geht er neue Wege zur Begründung der Lehre von den subjektiven Tatbestandselementen und dehnt deren Umfang weit über den von Mezger angenommenen aus. Rein subjektive Unrechtsbegründung lehnt Wolf ab. Auch für Wolf tritt das Recht bei Feststellung der Rechtswidrigkeit als Bewertungsnorm auf, beim Nachweis der Schuld dagegen als Bestimmungsnorm. Rechtswidrigkeit ist nach ihm objektive Staatsnormwidrigkeit, Schuld subjektive Staatsnormverfehlung als pflichtwidrige Verletzung zumutbarer Staatspflichten. Oberster Strafrechtswert ist für ihn die inhaltliche Idee des bestehenden Staates.

In seiner Rede „Vom Wesen des Täters“ 1932 sind die subjektiven Tatbestandselemente nicht Schuldbestandteil, gehören auch nicht zur Tatbestandsmäßigkeit im Sinne der äußeren Handlungsbeschreibung, sie gehören nicht zum objektiven Unwerturteil über den Deliktstypus, d. h. also zur Rechtswidrigkeit, sondern sind Merkmale der Typen der Täterschaftsmäßigkeit, die den Typen der Tatbestandsmäßigkeit gleichberechtigt als unvollkommene Versuche gesetzlicher Tätertypisierung zur Seite treten. Ob diese Ausführungen Wolfs das Wesen und die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente erhellt haben, und ob sie von bleibendem Wert für die Erfassung der subjektiven Unrechtselemente sind, ist fraglich.

Bei den bisher Besprochenen ging der Streit hauptsächlich um Umfang und Art der subjektiven Unrechtselemente. Grundsätzliche Gegnerschaft zur Lehre datiert erst aus neuester Zeit.

Als restloser Gegner zeigt sich James Goldschmidt in seinem Beitrag zur Frank-Festgabe „Der normative Schuldbegriff“.[21]) Er bekämpft die ganze Lehre. Für ihn sind alle subjektiven Tatbestandsmerkmale besondere Schuldmerkmale. Speziell die Absicht spielt tatbestandsmäßig grundsätzlich keine Rolle. Die Absichts-, Tendenz- und Ausdrucksdelikte Mezgers enthalten für ihn keine subjektiven Unrechtselemente. Alle die besonderen Tatbestandsmerk-

male, die zur Annahme von subjektiven Unrechtselementen geführt haben, wie Absicht, Eigennutz, Gewerbsmäßigkeit, sind für Goldschmidt besondere Schuldmerkmale. Er bejaht Heglers Ansicht, daß die Delikte mit überschießender Innentendenz, bei denen der Absicht nichts Objektives entspricht, Anomalien sind. Diese Anomalie wirkt sich aber erst im Schuldbereich aus.

Daß Goldschmidt das Bestehen subjektiver Unrechtselemente verneint, hängt vom Aufbau seiner Verbrechenslehre ab. Sein Strafrechtssystem baut auf der Imperativentheorie auf. Seine Theorie von der Rechtsnorm, für die Außenweltsmerkmale, und der Pflichtnorm, für die Innenweltsmerkmale bestimmend sind, verträgt keine Bejahung subjektiver Unrechtselemente, da eine solche seine so durchgeführte Scheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld verwischen würde.

Ein weiterer Gegner ist Ernst Beling. Er bestreitet in seiner „Lehre vom Verbrechen" 1906, in seiner „Lehre vom Tatbestand" 1930 und in den „Grundzügen des Strafrechts" 1930, daß die subjektiven Unrechtselemente Tatbestandselemente sind und auch, daß sie Merkmale sind, die die Rechtswidrigkeit begründen. Beling rechnet sie zur Schuld. Nicht so ablehnend verhält er sich bei der Annahme subjektiver Momente bei den Unrechtsausschließungsgründen. Beling steht auf dem Boden einer objektiven, rein formalen Rechtswidrigkeitslehre. Er lehnt eine materielle Rechtswidrigkeitslehre ab. Aus dieser Ablehnung heraus kommt er auch zu einer Ablehnung der subjektiven Unrechtselemente; denn nur wenn man die Rechtswidrigkeit als Rechtsgutsverletzung ansieht, also vom materiellen Rechtswidrigkeitsbegriff aus, kann man zu einer Bejahung der subjektiven Momente als Unrechtsmomente kommen.

Dieser kurze, dogmengeschichtliche Ueberblick soll uns nur den augenblicklichen Stand der Lehre zeigen. Daneben beweist er uns aber auch, daß die gegebene dogmatische Grundlage für den Ausbau der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen die objektive und die materielle Rechtswidrigkeitslehre ist. Ausgesprochene Gegner im Rahmen dieser Lehren gibt es nicht. Gegnerschaft bildete sich erst auf einer anderen dogmatischen Grundlage.

III.

Nachdem wir in den bisherigen Ausführungen die dogmatischen Voraussetzungen und die dogmengeschichtliche Entwicklung der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen besprochen haben, müssen wir uns nunmehr klar werden über die Verfahrensweise, die uns eine

kritische und systematische Untersuchung von Vorkommen und Wesen der subjektiven Unrechts- und Rechtfertigungselemente ermöglicht.

Eine solche Untersuchung kann rein formal ausgerichtet sein. Diese Methode wurde bereits von Beling und Goldschmidt [22]) angewandt. Sie kamen dabei naturgemäß zu einer Ablehnung der subjektiven Unrechtselemente. Nach ihnen gehören die auf der äußeren Tatseite liegenden Deliktstypusmerkmale zum Unrechtstypus (mit Ausnahme der sogenannten objektiven Strafbarkeitsbedingungen), die täterpsychischen Momente dagegen zur Schuld. Entscheidender Gesichtspunkt für die Zuteilung eines Deliktstypusmerkmals ist für sie, ob es Außenwelts- oder Innenweltscharakter besitzt.

Anders ist das Ergebnis bei einer teleologischen Methode, für welche der Zweck der maßgebende Gesichtspunkt ist. Bei Anwendung einer solchen Verfahrensweise steht die Antwort noch offen. Bei einem Vorgehen nach dieser Methode ist die Untersuchung eines jeden Deliktstypus auf den Zweck, den der Gesetzgeber mit der Aufstellung dieses Deliktstatbestandes verfolgt hat, abzustellen. Für die Unrechtstypusmerkmale ist teleologischer Beziehungspunkt, an dem sie ausgerichtet sein müssen, das Recht als objektive Bewertungsnorm. Die Einzeltatbestände, teleologisch gesehen, zeigen uns die Güter und Interessen der Rechtsgemeinschaft, die der Gesetzgeber für strafschutzwert und strafschutzbedürftig gehalten hat. Teleologisch gesehen ist der Deliktskatalog, wie er uns im Besonderen Teil des StGB. entgegentritt, eine Zusammenstellung der typischen Verletzungen und Gefährdungen von rechtlichen Interessen und Gütern, welche bestraft werden sollen, wenn sie im konkreten Einzelfall rechtswidrig und schuldhaft begangen worden sind. Maßgebend für das Recht als Bewertungsnorm ist also das geschützte Rechtsgut. Danach gehören nicht zur Rechtswidrigkeit Deliktstypusmerkmale, welche die rechtsgutsverletzende oder -gefährdende Natur der Handlung nicht beeinflussen, sondern nur den Täter charakterisieren wollen. Hier tritt das Recht dann als Bestimmungsnorm auf. Es urteilt hier über die persönliche Vorwerfbarkeit, die Schuld. Mit dieser Methode kann man eine Untersuchung, ob ein Deliktstypusmerkmal zum Unrecht oder zur Schuld gehört, durchführen. Wir entscheiden also die Frage, ob ein Deliktstypusmerkmal zum Unrecht oder zur Schuld gehört, nicht nach formalen Gesichtspunkten, nämlich, ob es Außenwelts- oder Innenweltsmerkmal ist, sondern danach, ob es rechtsgutsbeeinträchtigend ist. Es muß also zunächst das dem Deliktstypus des Besonderen Teils des StGB. zugrunde liegende jeweilige Rechtsgut ermittelt werden. Es muß also die Funktion des Strafgesetzes ermittelt werden. Die Schutzobjekte, die geschützten Rechtsgüter,

müssen aus den Strafrechtssätzen erschlossen werden. Wir müssen uns also bei der Untersuchung eines Deliktstypus fragen: Welches Rechtsgut oder welche Rechtsgüter will das Gesetz schützen? Der Gesetzgeber will das eine Mal Verletzung von Rechtsgütern bestraft wissen, das andere Mal schon Gefährdung von Rechtsgütern. Delikte, die eine Gefährdung von Rechtsgütern behandeln, können es als „konkrete" oder „abstrakte" Gefährdungsdelikte. Wo das Gesetz auf Verletzung von Rechtsgütern hinweist, ist es nicht angewiesen, zur Unrechtsbestimmung die Psyche des Täters einzubeziehen. Hier ist ja ein äußerer Erfolg ersichtlich, der zur Tatbestandstypisierung genügt. Wo der Gesetzgeber aber schon Rechtsgütergefährdung bestraft wissen will, fragt es sich, ob er da nicht notwendig auf die Psyche des Täters zurückgreifen muß, ob diese nicht erst Auskunft gibt, ob die Handlung rechtsgutsgefährdend ist. Wenn wir von dem Begriff Rechtsgut sprechen, dürfen wir dabei nie vergessen, daß jedes Rechtsgut als Rechtsgut der Gesamtheit anzusprechen ist, mag es scheinbar noch so individuell sein.[23]) Im „Gesamtinteresse" wird das Interesse des Einzelnen, sein Gefühl, sein Leben, seine Ehre geschützt. Das Gesamtinteresse ist entscheidend für die Erhebung eines Objekts zum Rechtsgut. Oberstes Rechtsgut ist der Staat als Form völkischer Gemeinschaft. Die herrschende Staatsidee prägt das Rechtsgut. Die Rechtsgüterwelt wie der Rechtsgüterschutz ist abhängig von der Idee der herrschenden Staatsauffassung. Oberstes Rechtsgut und Richtungsweiser für den Schutz und Wert der Rechtsgüter und damit für den Unwertscharakter eines menschlichen Verhaltens ist im nationalsozialistischen Staat die völkische Gemeinschaft. Danach bestimmt sich Rechtsgut wie Unrecht. Dies macht sich direkt oder indirekt in jedem Deliktstatbestand bemerkbar; denn hinter jeder Strafdrohung steht als Strafzweck der Schutz der völkischen Gemeinschaft. Gerade das nationalsozialistische Strafrecht verlangt von einer Untersuchung, daß sie vom Zwecke des Strafgesetzes ausgeht; denn das nationalsozialistische Strafrecht ist zweckbetont. Die Totalität nationalsozialistischer Weltanschauung und Staatsauffassung zeigt sich vor allem im Strafrecht. Oberster Grundsatz, nach dem man jedes Delikt beurteilen muß, ist Durchführung des Prinzips, die völkische Gemeinschaft vor Schädigung durch Widersacher der völkischen Ordnung zu schützen. Als solche Schädigung stellen sich Rechtsgutsverletzungen wie auch Rechtsgutsgefährdungen dar. Wir müssen also fragen, was bezweckt ein Deliktstatbestand, dann ergibt sich daraus, wann und warum ein menschliches Verhalten rechtswidrig ist.

Die subjektiven Unrechtselemente finden wir also durch eine teleologische Untersuchung; die Beziehung der jeweiligen einzelnen Deliktsmerkmale zu dem von ihnen geschützten spezifischen Rechtsgut

ergibt, ob ein subjektives Element des Tatbestands Unrechtscharakter hat. Nun taucht die Frage auf, ob wir diese teleologische Untersuchung für Deliktsgruppen oder für jeden einzelnen Deliktstypus gesondert durchführen müssen. Daraus, daß ein subjektives Tatbestandselement eines bestimmten Deliktstypus Unrechtscharakter hat, kann man noch nicht schließen, daß alle formgleichen subjektiven Tatbestandselemente derselben Deliktsgruppe ebenfalls Unrechtscharakter besitzen; denn die Gruppierung der Delikte ist nicht ausschließlich nach dem geschützten Rechtsgut ausgerichtet. Es brauchen also nicht alle Deliktstypen einer Deliktsgruppe zum Schutze desselben Rechtsguts oder derselben Rechtsgüter aufgestellt worden sein. Entspricht aber nicht jeder Deliktsgruppe der Schutz der gleichen Rechtsgüter, so braucht — die Formgleichheit der in der Gruppe verwendeten subjektiven Tatbestandsmerkmale vorausgesetzt — dieser Formgleichheit nicht die gleiche Wertbedeutung entsprechen. Bei Verschiedenheit des geschützten Rechtsguts kann bei dem einen Deliktstypus derselben Deliktsgruppe tatsächlich das fragliche subjektive Element den rechtsgutsbeeinträchtigenden Charakter mitbestimmen, während bei dem anderen Deliktstypus dieses Moment ohne Einfluß auf den rechtsgutsbeeinträchtigenden Charakter der Tat ist. Hieraus ergibt sich für uns die Notwendigkeit, unsere Untersuchung nach der teleologischen Methode und zwar für jeden einzelnen Deliktstypus gesondert durchzuführen.

IV.

Man müßte demnach also jeden einzelnen Paragraphen des Besonderen Teils des StGB. behandeln und ihn untersuchen, ob er subjektive Unrechtselemente enthält. Dies wäre dann eine Darstellung des Besonderen Teils des StGB. unter dem Gesichtspunkt des Vorhandenseins von subjektiven Unrechtselementen. Da eine derartige Untersuchung zu umfangreich wäre und über den Rahmen unserer Arbeit hinausgehen würde, wollen wir die einzelnen Deliktstypen nicht in der Reihenfolge des StGB. auf subjektive Unrechtselemente hin prüfen, sondern unsere Untersuchung nach dem Vorkommen solcher Momente

1. außerhalb der Person des Täters,
2. in der Person des Täters durchführen.

Wir gehen hiebei nach diesen Gesichtspunkten vor, da das Gesetz zur Verwirklichung eines Tatbestandes, den wir als spezifischen Unrechtstyp auffassen, das eine Mal das Vorliegen subjektiver Tatbestandselemente außerhalb der Person des Täters, also vom gesetz-

lichen Tattypus, das andere Mal in der Person des Täters, also vom gesetzlichen Tätertypus, verlangt.

Außerhalb der Person des Täters kommt das Vorliegen subjektiver Unrechtselemente in Frage

a) beim Richter,
b) bei sachlich unbeteiligten Dritten und
   bei sachlich beteiligten Dritten,
c) beim Betroffenen.

Theoretisch möglich ist hier überall das Auftreten subjektiver Momente, die für den rechtswidrigen Charakter der Handlung von Bedeutung sind; denn überall handelt es sich hier um subjektiv-psychische Elemente, die der Tatbestand zur Verwirklichung des Deliktstypus verlangt und die rechtsgutsbeeinträchtigend sein können.

Betrachten wir zunächst nun einmal die Frage, ob psychische Momente im Richter unrechtsrelevant sind. Ein Tattypus mit subjektiven Tatbestandselementen liegt vor, wenn dem Tatbestand normative Tatbestandselemente beigefügt sind. Normative Tatbestandselemente sind diejenigen Bestandteile des gesetzlichen Tatbestands, die nicht einfach auf einen gegebenen Sachverhalt Bezug nehmen, sondern vom urteilenden Richter ein ergänzendes Werturteil fordern, also wertausfüllungsbedürftig sind. Das richterliche Ermessen trägt dann, selbst bei größter Sachlichkeit des Richters, für das Recht gewisse subjektive Elemente in die Tatbestandsinterpretation hinein. Auszuscheiden bei unserer Untersuchung sind hiebei die doch irgendwie objektiv orientierten Wertungen. Den äußeren, sinnlich wahrnehmbaren, objektiven Sachverhalt im Wege kognitiver Erkenntnis festzustellen, ist die erste Aufgabe des urteilenden Richters bei Anwendung des Strafgesetzes. Aber auch die Wertungen und Normungen, mit denen der Richter zu tun hat, sind vielfach, so sehr sie im logischen Sinn subjektiven Ursprungs sind, objektiviert, d. h. an gegebenen Normenkomplexen gemessen. Dies ist dort der Fall, wo die wertausfüllungsbedürftigen Elemente vom Richter mit spezifischen Rechtswerten auszufüllen sind. Solche Elemente sind „Eigentum" in § 242 StGB., „Beamter" in § 331 StGB., „Minderjährige" in § 174 StGB., „Vormundschaft" in § 226 StGB. Hier bei den „rechtlichen" Wertungsdelikten, d. h. den Delikten, bei denen der Strafgesetzgeber auf bestehende rechtliche Wertungen in anderen Rechtsgebieten verweist, können wir dann nur von normativen, aber nicht von subjektiven Tatbestandselementen sprechen; ebensowenig bei den „kulturellen" Wertungsdelikten, in denen die strafrechtlichen Tatbestände normative Elemente enthalten, die auf Wertungen ethischer, sozialer, wirtschaftlicher, allgemeinkultureller

Art verweisen. Z. B. auf Moral und Sitte verweisen die §§ 176, 182 StGB., auf Wertungen wirtschaftlicher Art verweisen die §§ 263, 266 StGB., religiöser Art § 166 StGB., ethischer Art § 186 StGB. All diese Wertungen, deren es im Gesetz unzählige gibt, sind doch irgendwie objektiviert. Der Richter ist hier nicht allein auf sein subjektives Ermessen angewiesen, wenn es auch nicht ganz ohne richterliche Eigenwertung zugeht, sondern kann sich auf objektiv gewordene Wertungen verlassen. Für uns bleiben nur zu untersuchen die Delikte, bei denen der Richter bei der erforderlichen Wertung ganz auf sein eigenes subjektives Ermessen angewiesen ist. Das ist der Fall bei den von Mezger[24]) als „subjektive Wertungsdelikte" bezeichneten Delikten. Durch richterliches Ermessen auszufüllende Wertelemente enthalten neben anderen die Deliktstatbestände nach § 204 StGB. mit dem wertausfüllungsbedürftigen Tatbestandselement „freiwillig", § 216 StGB. mit „ernstlich", § 221 StGB. mit „hilflos", und § 223b StGB. mit „wehrlos".

Untersuchen wir nun am Beispiel des § 216 StGB., ob solch ein wertausfüllungsbedürftiges Tatbestandsmoment subjektives Unrechtselement ist. Der § 216 StGB. spricht von „ernstlichem Verlangen" des Getöteten, wobei unter „ernstlich" ein auf Grund eines festen, nicht auf vorübergehender Stimmung beruhenden Wollens verstanden wird. Der Tatbestand dieses Paragraphen wird nur dann verwirklicht, wenn ein ernstliches Verlangen vorliegt. Zu beurteilen, ob ein Verlangen „ernstlich" ist, ist in hohem Maße dem Ermessen des Richters anheimgestellt. Zur Beantwortung dieser Frage gelangt der Richter hauptsächlich durch normatives, nicht kognitives Vorgehen. Das Moment „ernstlich" ist also ein normatives Tatbestandselement, § 216 infolgedessen ein Wertungsdelikt. Eine derartige Wertung gewinnt der Richter nicht mit Hilfe rechtlicher oder kultureller Normen, es findet also keine Objektivierung der Wertung durch Beziehung auf solche, als objektiv geltende Normen statt. Diese Entscheidung spielt sich allein in der Psyche des Richters ab. Subjektive Erwägungen, nicht Normen leiten ihn. Selbst bei größter Entindividualisierung wird dieses Element subjektiv bestimmt und begrenzt. Was dem einen Richter als ernstlich erscheint, erscheint dem anderen doch nicht ganz genügend dazu, ernstlich genannt zu werden. Dieses subjektive Element spielt unserer Ansicht nach[24a]) nun nicht erst bei der Schuldfrage, also der persönlichen Vorwerfbarkeit der Tat dem Täter gegenüber, als schuldmildernder Umstand eine Rolle, sondern bereits bei der Bewertung der Tat selbst, also bei der Rechtswidrigkeit. § 216 ist herrschender Ansicht[25]) nach Sonderdelikt gegenüber den anderen Tötungsdelikten. Die Tötung auf Verlangen ist nicht einfach ein Plus oder Minus, das zur Tötung tritt, sondern ein Aliud mit eigenem Unwertcharakter. Wird das Vorliegen ernst-

lichen Verlangens verneint, so ist gar nicht der Tatbestand des § 216 mit seinem speziellen Unwertcharakter erfüllt; die Handlung erfüllt dann vielmehr den Tatbestand der §§ 211 oder 212 mit ihrer anders gearteten Widerrechtlichkeit. Das in Frage kommende subjektive Element ist also bedeutsam für den Unwertscharakter der Handlung, ist damit also Unrechtselement; und dies mit Recht, wie sich aus einer näheren Betrachtung der geschützten Rechtsgüter ergibt. Geschütztes Rechtsgut ist auch hier wie im § 211 das menschliche Leben; aber im § 211 ist es geschütztes Rechtsgut vor allem im Interesse des Betroffenen, in § 216 vor allem jedoch im Interesse des Staates. Selbst wenn der Einzelne auf sein Leben gar keinen Wert legt, das Rechtsgut für ihn also wertlos wurde, ist es noch geschütztes Rechtsgut im Interesse des Staates. Der Rechtsgüterschutz in § 211 ist ein anderer wie in § 216. Damit ist die Rechtswidrigkeit, die im Deliktstypus des § 216 enthalten ist, auch anders wie die im § 211 enthaltene und ein subjektives Element, das maßgebend ist für die Tatbestandserfüllung des Deliktstypus des § 216, ist unrechtsbedeutsam. Wir können also die Frage nach dem Vorkommen subjektiver Unrechtselemente in der Person des Richters positiv beantworten. Auch die anderen wertausfüllungsbedürftigen Tatbestandselemente sind unrechtsbedeutsam, da auch sie für die Beantwortung der Frage, ob eine Rechtsgutsbeeinträchtigung vorliegt, von Bedeutung sind. Hier soll uns die Ausführung dieses Beispiels genügen, da die Bejahung des Vorkommens subjektiver Unrechtselemente beim Richter ohne besondere praktische Bedeutung ist.

Aehnliches gilt sowohl für die bei beliebigen Dritten als auch für die bei sachlich beteiligten Dritten auftretenden Unrechtselemente. Wir wollen uns deshalb auch mit diesen nur der Vollständigkeit halber kurz beschäftigen und uns damit begnügen, an Hand je eines Beispiels die Tatsache ihrer Existenz nachzuweisen.

Subjektive Unrechtselemente bei beliebigen wie bei sachlich beteiligten Dritten können bei den von Mezger [26]) als „objektive Sinndelikte" bezeichneten Delikten vorkommen, „deren seelischer („subjektiver") Gehalt nicht durch den Eindruck der Handlung im Handlungsbetroffenen (Destinatär), sondern durch den Eindruck der Außenstehenden, des Rechtsverkehrs, der Rechtsgenossen, maßgebend bestimmt wird. Es entscheidet hier weder der Sinn, den der Handelnde selbst, noch der Sinn, den der Handlungsbetroffene, sondern der Sinn, den „man" der Handlung beilegt: auch er ist ein gedankliches, geistiges, also „subjektives" Moment, gleichzeitig aber ein „objektiver" Sinn insofern, als es nicht auf die Auffassung einer bestimmten Person, eines bestimmten „Subjekts" ankommt." Trotz dieses „objektiven Sinnes" handelt es sich hier nach unserer Ansicht

um rein subjektive Momente, nicht um irgendwie objektivierte; denn es kommt dabei lediglich auf die psychische Einstellung wenn auch beliebiger Personen an.

Beispiel für das Auftreten subjektiver Unrechtselemente bei beliebigen Dritten ist für uns §186 StGB. Der Tatbestand des § 186 verlangt eine Tatsachenbehauptung solcher Art, die geeignet ist, den Verletzten in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Die psychische Einstellung der öffentlichen Meinung, d. h. also die eines größeren individuell nicht bestimmten Teils der Bevölkerung, also letzten Endes beliebiger Dritter ist maßgebend für die Tatbestandsverwirklichung. Daß dies notwendige Tatbestandselement unrechtsrelevant ist, ersehen wir mit Hilfe unserer teleologischen Methode. Zweck des § 186 ist Schutz der Ehre; geschütztes Rechtsgut ist hier also die Ehre des Verletzten. Maßgebendes Kriterium dafür, ob eine Verletzung dieses Rechtsguts eingetreten ist, ist die generelle Wirkung in der öffentlichen Meinung; ein subjektives Element hat demnach entscheidende Wirkung, ob eine Verletzung des Rechtsguts eingetreten ist oder nicht. Nachdem also dieses subjektive Element von Einfluß auf den rechtsgutsverletzenden Charakter der Handlung ist, ist es unrechtsbedeutsam.

Beispiel für das Auftreten subjektiver Unrechtselemente bei sachlich beteiligten Dritten ist § 267 StGB. Zur Vollendung der Urkundenfälschung nach § 267 gehört Gebrauchmachen einer dritten Person gegenüber, die keineswegs mit dem Getäuschten, also dem Betroffenen, identisch zu sein braucht [27]). Dieser Dritte muß innerlich Stellung nehmen zu dem „objektiven" Sinn der Urkunde.[27a]) Es kommt also zur Vollendung des Delikts auf eine psychische Stellungnahme eines sachlich beteiligten Dritten an. Es handelt sich auch hier demnach um ein subjektives Element. Und dieses Element ist für den Unrechtscharakter der Handlung von Bedeutung; denn das Recht bewertet die Handlung erst beim Gebrauchmachen gegenüber einem Dritten als Urkundenfälschung im objektiven Sinn. Die psychische Stellungnahme des Dritten wird von dem Recht als Bewertungsnorm verwendet. Ohne diese psychische Stellungnahme entfällt die vollendete rechtswidrige Handlung. Diese psychische Stellungnahme wird also nicht erst entscheidend für die Schuldfrage, sondern schon für den Unrechtscharakter, es ist eine subjektive Ergänzung des objektiven Tatbestandes. Sie hat Bedeutung für den rechtsgutsverletzenden Charakter der Tat. Geschütztes Rechtsgut ist hier vor allem die Sicherheit des Rechtsverkehrs. Schutzobjekt des § 267 ist der Beweisschutz für Rechte und Rechtsverhältnisse, da als Tatobjekt der Urkundenfälschung neben öffentlichen Urkunden nur beweiserhebliche Privaturkunden aufgestellt worden sind. Dieses Schutzobjekt wird verletzt durch das Gebrauchmachen einem Dritten

gegenüber. Hier verwandelt sich die Rechtsgutsgefährdung in eine Rechtsgutsverletzung. Durch das Gebrauchmachen der falschen Urkunde wird ja das geschützte Rechtsgut, die Rechtssicherheit, schon verletzt. Die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs ist verletzt; der Glaube des Dritten daran hat Einbuße erlitten durch die ihm gegenüber erfolgte Gebrauchmachung und zwar dadurch, daß er psychisch dazu Stellung genommen hat. Erst durch diese seine psychische Einstellung ist diese erfolgt, nicht allein durch den Akt des Gebrauchmachens. Die psychische Einstellung des sachlich betroffenen Dritten ist also ein subjektives Unrechtselement. Als weitere Beispiele für das Vorkommen subjektiver Unrechtselemente bei Dritten seien hier noch erwähnt der Partei-, Zeugen- und Sachverständigenmeineid nach §§ 153, 154, die Gotteslästerung nach § 166, die Erregung öffentlichen Aergernisses nach § 183, die Beleidigung nach § 185, die üble Nachrede nach § 186, die Verleumdung nach § 187, die Bedrohung nach § 241 und die Verletzung des Berufsgeheimnisses nach § 300 StGB. Bei all diesen Delikten wird ein spezifisches Sinnverständnis des betreffenden Vorgangs durch dritte Personen tatbestandsmäßig gefordert.

Als besonders markantes Beispiel für das Sichdurchsetzen subjektiver Unrechtselemente im StGB. gerade heute können wir den neuen § 2 anführen, insofern, als er eine Tat für strafbar erklärt, „die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient“, und der weiterhin bestimmt, daß dann, wenn „auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung findet, die Tat nach dem Gesetz bestraft wird, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft“. Hier nehmen somit subjektive Momente sowohl in der Person Dritter als auch in der Person des Richters einen besonders großen Raum in der Strafbarkeitsbestimmung einer Handlung ein. Wenn das Gesetz auf das gesunde Volksempfinden abstellt, so ist maßgebendes Kriterium für die Beurteilung einer Handlung die psychische Einstellung der gesund empfindenden Volksgenossen. Auch für den Richter sind psychische Momente maßgebend bei Erwägung der Frage, ob eine Handlung nach § 2, Abs. 1, 2. Satzhälfte, oder Abs. 2 strafbar ist. Der Gesetzgeber legt damit fest, daß der Unwertscharakter einer Handlung maßgeblich nach subjektiven Momenten beurteilt wird.

Als subjektives Unrechtselement außerhalb des Täters kommt vor allem das psychische Moment in Frage, welches die seelische Wirkung der Willensbetätigung des Täters im Betroffenen selbst darstellt. Solche subjektive Unrechtselemente treten auf bei Delikten, deren Tatbestand einen bestimmten Eindruck, eine bestimmte seelische Wirkung in einer bestimmten Person, nämlich dem

Handlungsbetroffenen, erfordert. Dieser Eindruck, den die Handlung im Betroffenen hervorruft, kann sich mit deren objektivem Sinn decken, er muß sich aber nicht damit decken. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Handlungsbetroffene den Sinn der Handlung, hier einer Aeußerung, falsch versteht. Es kommt dann auf den falsch verstandenen, also subjektiv bedingten, nicht auf den objektiven Sinn, an. Genügt es, wenn der Täter meint, beim Betroffenen sei durch seine Handlung diese psychische Wirkung eingetreten, kommt es also nur auf die seelische Vorstellung im Täter an oder muß der Betroffene selber tatsächlich seelisch berührt sein? Soll unsere Frage positiv beantwortet werden können, so darf es erstens weder auf die objektiv zu erwartende, noch auf die psychische Wirkung, die sich der Täter vorgestellt hat, ankommen, dann kann man von einem subjektiven Tatbestandselement in der Person des Betroffenen reden. Zweitens muß der Eintritt dieser psychischen Wirkung von Bedeutung sein für den rechtswidrigen Charakter der Handlung. Ohne diese psychische Wirkung in der Person des Betroffenen müßte dann notwendig die Rechtswidrigkeit der Handlung in diesem Ausmaß entfallen oder sich ändern. Zu einem sicheren Ergebnis kommen wir wiederum am besten an Hand von Einzeluntersuchungen von Delikten, bei denen solche Elemente in Betracht kommen.

Das „Aergernisgeben" durch eine Gotteslästerung in § 166 StGB. ist solch ein subjektives Element in der Person des Betroffenen, das auf den Unrechtscharakter der Tat bestimmenden Einfluß hat. Es kommt hier auf den psychischen Eindruck im Betroffenen, im Aergernisnehmenden, an; er muß tatsächlich Aergernis nehmen, seine Gefühle, seien sie religiöser, moralischer oder ethischer Art, müssen verletzt sein. Die tatsächliche psychische Wirkung im Betroffenen ist ausschlaggebend, nicht die objektiv zu erwarten gewesene, noch diejenige, die sich der Täter vorgestellt hat.[28]) War die ärgernisgebende Handlung zwar objektiv geeignet, Aergernis zu erregen, hat aber der Betroffene kein Aergernis genommen, so liegt kein Aergernis im Sinne des Tatbestands des § 166 vor. Hätte der Betroffene Aergernis genommen, wenn er das Geschehene richtig erfaßt hätte, z. B. wegen eines Hörfehlers hat er aber den objektiv zur Aergerniserregung geeigneten Charakter der Handlung nicht begriffen, so liegt kein Aergernisgeben vor. Es kommt also nur auf die subjektive Wirkung im Betroffenen an. Jetzt fragt es sich nur noch, ist dieses subjektive Element in der Person des Betroffenen, d. h. des Aergernisnehmenden, maßgebend für den rechtsgutsverletzenden Charakter der Handlung. Der im Betroffenen erzielte psychische Erfolg in § 166 ist wirkliches Tatbestandselement, das den Unrechtstyp mitbestimmt. Liegt kein Aergernisnehmen vor, so ist der Tatbestand des § 166 nicht erfüllt; es liegt nach geltendem Recht keine

rechtswidrige Handlung vor. Das schutzbedürftige Angriffsobjekt der Handlung ist ja nicht Gott, sondern das religiöse Gefühl. Für die Rechtsgutsverletzung ist also das Aergernis n e h m e n maßgebend. Die Rechtsgutsverletzung wird akut in der psychischen Wirkung, welche die Handlung auf den Aergernisnehmenden ausübt. Wenn in der Person des Aergernisnehmenden diese Wirkung erfüllt ist, ist das Rechtsgut verletzt. Die Rechtsgutsgefährdung, die an sich in der Aeußerung des Täters liegt, genügt dem Gesetzgeber nicht zur Rechtswidrigkeitserklärung der Handlung; er verlangt eine konkrete Rechtsgutsverletzung. Diese entsteht mit der Aergernisnahme. Die psychische Wirkung im Betroffenen ist also für den rechtsgutsverletzenden Charakter der Handlung bestimmend. Es handelt sich somit um ein subjektives Unrechtselement in der Person des Betroffenen.

Ganz gleich verhält es sich beim „Aergernisnehmen" in § 183 StGB. Auch hier verlangt das Gesetz zur Konstituierung der Rechtswidrigkeit eine Rechtsgutsverletzung, die ausgelöst wird durch die psychische Wirkung, die durch die Handlung in der Person der Aergernisnehmenden eintritt.

Daß es sich hier tatsächlich um subjektiv bestimmte Elemente handelt, sieht man am besten im Gegensatz zu § 184b StGB. Dieser Paragraph spricht auch von Aergerniserregen, auch hier handelt es sich um ein Unrechtselement, aber ein objektives; denn im Falle der anstößigen Berichterstattung muß die Handlung objektiv geeignet sein, Aergernis zu erregen, während die tatsächlich erfolgte psychische Wirkung ohne Einfluß auf die Rechtswidrigkeit ist.

Zum Begriff der Beleidigung nach § 185 StGB. gehört, daß sie kundgegeben wird. Ob die Beleidigung als solche empfunden werden muß, ist das uns interessierende Moment. Muß die Beleidigung als solche empfunden werden, so wäre auch hier ein subjektives Element in der Person des Betroffenen gegeben, da dann die Beleidigung auf das Gefühlsleben des Beleidigten wirkt. Ob diese subjektive Wirkung im Beleidigten verlangt wird, kommt im Gesetzestext selbst nicht zum Ausdruck. Erst eine Untersuchung des Angriffsobjekts der Beleidigung zeigt uns dies. Objekt der Beleidigung ist die Ehre. Als Ehre kann man die i n n e r e Ehre, den inneren Wert oder die Würdigkeit, und die ä u ß e r e Ehre, die Geltung, die dem Betroffenen innerhalb der menschlichen Gesellschaft zukommt, auffassen. Das eine Angriffsobjekt ist das aus der inneren Ehre, dem Ehrbewußtsein und dem Ehrgefühl entspringende Interesse der Person, nicht unter ihrem Wert behandelt oder beurteilt zu werden. Das andere Angriffsobjekt ist die äußere Ehre, der Ruf der Person. Daß gerade der heutige Staat die Beleidigung als Angriff gegen das Ehrbewußtsein und Ehrgefühl, also gegen das erstere Angriffsobjekt sieht, wird klar durch die Bedeutung, die

ein völkisch ausgerichteter Staat dem Ehrbewußtsein und dem Ehrgefühl eines jeden Volksgenossen beimißt. Nach dem heutigen Schutz der Ehre ist es wohl nicht mehr zu verneinen — wie früher geschehen —, daß Angriffsobjekt bei der Beleidigung das Ehrbewußtsein und das Ehrgefühl des Beleidigten mindestens in demselben Maße wie die äußere Ehre ist. Es ist damit heute der germanischen Ehrauffassung zum Siege verholfen worden, die die Beleidigung „als Erniedrigung der Person durch Kränkung ihres Selbstgefühls" auffaßt [29]) gegenüber der römisch-rechtlichen Auffassung von der injuria, die den Strafgrund in dem objektiven Gesichtspunkt der „Beeinträchtigung oder Mißachtung der Person in deren rechtlichen oder sittlichen Wirkungskreis" sieht. Danach können wir unsere Frage in bejahendem Sinne lösen. Auch die Beleidigung enthält ein subjektives Unrechtselement in der Person des Betroffenen. Der Tatbestand der Beleidigung in der Form der Verletzung der inneren Ehre ist nicht erfüllt, wenn der Beleidigte die Kränkung nicht empfunden hat. Für den Tatbestand der Beleidigung als Verletzung der inneren Ehre bildet dieses psychische Element ein Unrechtselement. Fehlt dieses psychische Moment im Verletzten, so hat der Täter die innere Ehre des Verletzten überhaupt nicht verletzt. Man kann auch nicht sagen, der Täter handelt zwar rechtswidrig, aber nicht schuldhaft, weil der Betroffene in seiner Ehre (seiner inneren Ehre) nicht verletzt worden ist. Nein, der Täter hat gar keine Beleidigung verübt; es ist gar nicht zu einer Beleidigung gekommen; die Schuldfrage braucht gar nicht mehr gestellt zu werden. Hält man die Beleidigung nicht für ein Eindrucks-, ein Gefühlsdelikt, wie wir in obiger Weise, sondern wie Binding [30]) und die mit ihm herrschende Lehre für ein Aeußerungsdelikt, d. h. ein Delikt, das durch eine Aeußerung mit gedanklichem Inhalt begangen wird, wobei es für den nach dem Gesetz maßgebenden gedanklichen Inhalt der Aeußerung nicht auf den Sinn ankommt, den ihm der Aeußernde oder der Verletzte beilegt, sondern auf den objektiven Sinn, der ihm im Rechtsverkehr beikommt, so kann man nicht von einem subjektiven Unrechtselement in der Person des Beleidigten sprechen.

Kommt beim „körperlich Mißhandeln" der Körperverletzung nach § 223 StGB. ein subjektives Unrechtselement in der Person des Verletzten zum Vorschein? Auch diese Frage hängt von der Auffassung des Deliktsmerkmals „körperlich Mißhandeln" ab, ob es subjektiv oder objektiv zu verstehen ist. Wenn Mißhandeln als Störung des subjektiven Wohlbefindens aufgefaßt wird, insbesondere als Schmerzerregung, hätten wir wieder ein subjektives Tatbestandselement in der Person des Verletzten. Stellt man an Stelle des substantiellen das funktionelle Moment einer ungestörten Lebensbetätigung des Betroffenen, so kommt man mehr zu einer objektiven

Fassung des Begriffs, wenn man auch hier das subjektive Element doch nicht ganz ausschalten kann; denn letzten Endes ist auch das funktionelle Moment einer ungestörten Lebensbetätigung abhängig von subjektiven Momenten. Nicht nur das subjektive Wohlbefinden wird gestört durch subjektiv empfundene Einwirkung, sondern auch das objektiv gefaßte körperliche Wohlbefinden. Wenn man auch nur auf die physische Wirkung abzielt, so hängt diese doch wiederum eng mit der Psyche zusammen; denn im Endeffekt ist die subjektive Empfänglichkeit des Verletzten gegenüber der Tat maßgebend. Danach halten wir es für richtig, das „körperlich Mißhandeln" als subjektiv bedingt aufzufassen, da körperliches Wohlbefinden letzten Endes immer naturnotwendig subjektiv bedingt ist. Ob also eine Körperverletzung vorliegt, entscheidet ein psychisches Moment des Verletzten, seine Gefühlswelt durch die gegenseitige Reaktion von Physis und Psyche. Faßt also die Psyche des Verletzten die Verletzung (vielleicht aus psychischem, vielleicht aus physischem Grund) gar nicht als Verletzung auf, so ist die Handlung des Täters gar keine vollendete Körperverletzung. Die psychische Einstellung des Betroffenen entscheidet so mit über den Rechtswidrigkeitscharakter der Handlung; denn die Verletzung des geschützten Rechtsguts — die Integrität der menschlichen Persönlichkeit — hängt mit von einem subjektiven Element im Betroffenen ab.

Der Tatbestand des § 130 StGB. verlangt eine „Anreizung" verschiedener Klassen der Bevölkerung zu Gewalttätigkeiten gegeneinander in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise. Wenn das Delikt eine den öffentlichen Frieden gefährdende Weise der Anreizung fordert, ist dies ein objektives Tatbestandselement. Es kommt auf das objektive Geeignetsein des Mittels an. Aber wie will der Gesetzgeber die „Anreizung" aufgefaßt wissen? Verlangt er dazu eine objektive oder eine subjektive Gefährdung des Rechtsfriedens? Der Rechtsfriede wird objektiv gefährdet, wenn die Anreizung objektiv geeignet ist, das geschützte Rechtsgut, den Rechtsfrieden, zu gefährden. Der Rechtsfriede wird subjektiv gefährdet, wenn sich Personen, die Anspruch und Interesse am Rechtsfrieden haben, in ihrem Rechtsfriedensgefühl gefährdet oder verletzt vorkommen. Ist diese seelische Wirkung nicht eingetreten, so ist es, vorausgesetzt, daß § 130 eine subjektive Gefährdung des Rechtsfriedens verlangt, zu keiner Anreizung zum Klassenhaß gekommen; der Täter hat dann den Unrechtsgehalt des Tatbestandes gar nicht erfüllt. So man aber abstellt auf eine objektive Gefährdung des Rechtsfriedens, ist die Unrechtsbewertung der Handlung unabhängig vom seelischen Gelingen der Anreizung. Ob eine objektive oder subjektive Gefährdung des Rechtsfriedens gefordert ist, hängt davon ab, ob § 130 den objektiven oder den subjektiven Rechtsfrieden schützt. Das Reichs-

gericht[31]) vertritt die Ansicht wie Olshausen, daß eine Störung des subjektiven Rechtsfriedens ausreichend ist. Anderer Anschauung sind u. a. Frank und Schmidt.[32]) Unserer Ansicht nach muß das Delikt zumindest auch den Schutz des subjektiven Rechtsfriedens bezwecken. Der Paragraph schützt den Rechtsfrieden der Volksgenossen. Soll er dies tatsächlich können, so muß er auf deren Psyche abstellen. Bei einem für die Volksgemeinschaft wirksamen Schutz des Rechtsfriedens muß also der subjektive Rechtsfrieden in Betracht gezogen werden.

Bei Bejahen des Charakters der Anreizung in § 130 als subjektives Unrechtselement in der Person des Betroffenen kann man auch die „Anreizung" zum militärischen Ungehorsam in § 112 als solches subjektives Unrechtselement bejahen.

Das „Stören" des öffentlichen Friedens in § 126 ist wiederum ein subjektives Unrechtselement in der Person des Betroffenen. Gestört ist der öffentliche Rechtsfriede, wenn das Bewußtsein der Rechtssicherheit in weiten Kreisen erschüttert, Besorgnis oder Schrecken erregt ist.[33]) Die Störung wendet sich also wieder an die Psyche, das Gefühlsleben der Betroffenen. Das Rechtsgut — die Rechtssicherheit — wird gefährdet durch Verletzung des Bewußtseins der Rechtssicherheit der Rechtsgenossen. Dieses psychische Element ist also wieder ein echtes Unrechtselement.

Das Tatbestandselement „ruhestörend" des ruhestörenden Lärms gemäß § 360 Ziff. 11 kommt auch als subjektives Unrechtselement in Betracht. Das „ruhestörenden Lärm erregen" kann doppelt gedeutet werden, entweder in der Weise, daß durch Erregung von Lärm die Ruhe tatsächlich gestört werden muß — dann ist das Delikt Verletzungsdelikt — oder so, daß die Erregung von Lärm unter den obwaltenden Umständen nur geeignet ist, die Ruhe zu stören — dann ist das Delikt Gefährdungsdelikt.[34]) Die herrschende Meinung sieht im groben Unfug ein Verletzungsdelikt. Diese Auffassung wird dem praktischen Bedürfnis auch eher gerecht. Faßt man den ruhestörenden Lärm als Verletzungsdelikt[35]) auf, so liegt die Verletzung vor, sobald eine subjektive Wirkung der Handlung im Dritten hervorgerufen worden ist. Diese psychische Wirkung ist also unrechtsbegründend. Betrachtet man § 360 Ziff. 11 dagegen als Gefährdungsdelikt, so kommt es nur auf die objektive Eignung an; die psychische Wirkung ist dabei unwesentlich geworden.

Alle die besprochenen Delikte wandten sich an das Gefühlsleben des Betroffenen. Um eine psychische Wirkung beim Betroffenen handelt es sich auch dann, wenn der Charakter der Handlung sich bestimmt nach der psychischen Wirkung, die auf den Willen der Betroffenen gerichtet ist.

Der Tatbestand des § 241 StGB. verlangt eine „Bedrohung" eines anderen. Kenntnisnahme des Bedrohten ist also unbedingt Tat-

bestandselement. Entscheidend für unsere Untersuchung ist hier, ob der Bedrohte die Drohung für ernst halten muß oder nicht. Geschütztes Rechtsgut ist der Rechtsfrieden des Einzelnen.[36]) Eine Verletzung des Rechtsfriedens der betreffenden Person liegt aber erst vor, wenn der Bedrohte die Drohung für ernst gehalten hat. Sonst kann man nicht von einer Verletzung des Rechtsfriedens sprechen, sondern nur von einer Gefährdung. Die herrschende Lehre hält es nicht für nötig, daß der Bedrohte die Drohung für ernst hält. Die Wirkung der Tat im Bedrohten ist damit nicht mehr entscheidend für die Rechtswidrigkeitsbewertung der Handlung; denn auch ohne psychische Wirkung im Betroffenen liegt eine rechtswidrige Handlung vor, wenn man bereits eine Rechtsgutsgefährdung für eine zur Rechtswidrigkeitserklärung genügende Rechtsgutsbeeinträchtigung hält.

Klar liegt die Antwort, ob subjektive Unrechtselemente in der Person des Angegriffenen der Nötigung nach § 240 StGB. vorliegen. Hier verlangt die Tatbestandsverwirklichung die widerrechtliche Erzwingung eines bestimmten Verhaltens. Tut der Angegriffene, was ihm zugemutet wird, aber nicht infolge des Zwanges, sondern etwa aus Mitleid, so ist die Nötigung nicht geglückt. Hier ist also die psychische Wirkung im Betroffenen ein Tatbestandselement. Die Rechtswidrigkeit der Handlung wird bestimmt durch das subjektive Verhalten des Betroffenen.

Die Nötigung in der Erpressung nach § 253 StGB. enthält wieder so ein subjektives Unrechtselement im Betroffenen. Der Tatbestand der Erpressung ist gleichzeitig Freiheitsdelikt (Nötigung), Vermögensdelikt und Bereicherungsdelikt. Die Vollendung der Erpressung tritt ein mit der Nötigung. Die Nötigung ist dieselbe wie in § 240; also auch in der Erpressung ist ein subjektives Unrechtselement in der Person des Betroffenen gegeben.

Der Raub in § 249 StGB. enthält das Element „bedrohen" wie der § 241, ebenso die Nötigung zur Unzucht nach § 176 Ziff. 1 und § 177. Da in § 249 und in § 176 Ziff. 1 und § 177 die Bedrohung von dem Betroffenen für ernst gehalten werden muß, sind diese Elemente nach dem bei Besprechung der Bedrohung nach § 241 Gesagten hier im Gegensatz zu § 241 subjektive Unrechtselemente in der Person der Betroffenen.

Das „Nötigen" in § 177 und § 176 Ziff. 1 ist ebenso zu betrachten wie das „Nötigen" in § 240.

Wenn im § 239 nur der objektive Zustand der Freiheitsberaubung entscheidet, so kann man hier nicht sagen, daß der Gesetzgeber auf subjektive Elemente in der Person des Betroffenen zur Verwirklichung des Unrechts Rücksicht genommen hat. Es handelt sich hier um ein Delikt gegen die Freiheit der Willensbetätigung. Wer den Willen, den Aufenthaltsort zu verlassen, ohnehin nicht hat,

kann in der Betätigung dieses Willens auch nicht gehindert werden.[37]) Nach R.G. E. 61, 241 braucht allerdings der Betroffene dieses Zustands gar nicht bewußt zu sein. Hält man diese Entscheidung für die richtige, dann entscheidet allerdings nur der objektive Zustand der Freiheitsberaubung. Hält man aber ersteres für richtig, dann hängt der Unrechtsgehalt der Tat von der Psyche des Betroffenen ab. Die psychische Einstellung des Betroffenen ist dann ein Tatbestandselement, das für den Unrechtscharakter der Tat ausschlaggebend ist. Ist die Freiheitsberaubung ein Delikt gegen die Freiheit der Willensbetätigung, so gehört zur Vollendung, daß sich der Betroffene in seinem Willen, den Aufenthaltsort zu verlassen, gehindert fühlt (so R.G. E. 33, 234). Daß man die Freiheitsberaubung als Delikt ansehen muß, das gegen den Willen gerichtet ist und daß letzten Endes der Wille des Betroffenen das entscheidende Kriterium für den Unrechtscharakter ist, ersieht man daran, daß man dieses Delikt auch durch psychische Zwangsmittel begehen kann.[38]) Wenn z. B. der Täter einer badenden Person die Kleider wegnimmt, beraubt er sie ihrer Freiheit durch eine psychische Einwirkung; denn Schamgefühl zwingt die Person zum Verweilen am Aufenthaltsort gegen ihren Willen. Wer dieses Mittel als geeignet zur Deliktserfüllung sieht, muß doch zugeben, daß es auf die psychische Wirkung beim Betroffenen ankommt. Ist im obigen Beispiel die Betroffene fähig, sich über dieses Schamgefühl hinwegzusetzen, so kommt es zu keiner Freiheitsberaubung. Ob es also zu einer solchen kommt, dafür ist entscheidend die psychische Wirkung. Ein subjektives Element im Betroffenen entscheidet für die Tatbestandsverwirklichung und damit für den Rechtswidrigkeitscharakter. Geschütztes Rechtsgut ist die Freiheit der Willensbetätigung. Für deren Verletzung ist maßgebend die psychische Einwirkung in der Willensseite des Betroffenen.

Bei dem § 218, Abs. 4, der Abtreibung ohne Einwilligung der Schwangeren, ist die fehlende Einwilligung der Schwangeren das bedeutsame Element für den erschwerten Unrechtscharakter der Tat. Diese ist ein subjektives Element in der Psyche der Schwangeren. Hat aber dieses subjektive Element Bedeutung für die Schuld des Täters oder für den Unrechtscharakter der Tat? Durch § 218 Abs. 4 wird über den § 218 hinaus noch ein weiteres Rechtsgut geschützt, nämlich die Integrität der Betroffenen, die in § 218 Abs. 1 und 2 nicht schutzbedürftig ist. Der Deliktstypus nach § 218 Abs. 4 enthält damit einen anderen verstärkten Unwertscharakter der Handlung, der hervorgerufen wird durch das Fehlen der Einwilligung der Betroffenen. Damit ist dieses subjektive Element ein subjektives Unrechtselement.

Das „Verführen" in § 182 stellt wiederum ein subjektives Unrechtselement in der Person der Betroffenen, des Mädchens unter sechzehn Jahren, dar. Maßgebend für die Rechtswidrigkeit der

Handlung ist es, daß auf die Psyche des Mädchens eingewirkt wird. Es handelt sich um keine Tatbestandsverwirklichung des § 182, wenn das Mädchen selbst die Initiative ergreift oder sich ohne weiteres preisgibt.[39]) Es genügt nicht objektives Geeignetsein der Verführungsmittel, sondern erst Empfänglichsein des Willens- und Gefühlslebens der Betroffenen für die Mittel. Läßt sich durch dieselben Verführungsmittel in einem Falle das Mädchen in seinem Gefühls- und Willensleben verführen, im anderen Falle gibt es sich freiwillig hin, so ist es im ersten Falle eine vollendete Verführung, im zweiten Falle nicht. Entscheidend ist also der Eindruck in der Psyche der Verführten.

Bei der Benachteiligung Minderjähriger und beim Wucher nach §§ 301 ff. StGB. fordert das Gesetz in der Person der Betroffenen Leichtsinn oder Unerfahrenheit. Liegen diese psychischen Elemente nicht vor, so ist der Tatbestand des Delikts durch die jeweilige Handlung nicht erfüllt. Diese subjektiven Elemente sind also auch wieder bedeutsam für den Unrechtscharakter der Tat.

Aber auch das Gebiet der Denktätigkeit im Betroffenen kann bedeutsam sein für den Unrechtscharakter einer Tat. Ein Tatbestandselement des Betrugs nach § 263 ist die Irrtumserregung im Betrogenen. Zur Vollendung des Tatbestandes des § 263 ist erforderlich, daß es dem Täter gelungen ist, im Betrogenen einen Irrtum erregt oder unterhalten zu haben. Der Erfolg in der Denktätigkeit des Betroffenen ist unrechtsbestimmend; denn ohne Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums gibt es keinen Betrug.[40]) Hier sehen wir also wieder ein subjektives Unrechtselement in der Person des Betroffenen.

Kein subjektives Unrechtselement in der Person des Betroffenen verlangt der Tatbestand des § 146; denn hier begnügt sich der Gesetzgeber mit der Absicht des Täters, einen täuschenden Eindruck zu erregen; nach herrschender Ansicht genügt ja eine bloß beabsichtigte Täuschung. Der täuschende Eindruck in der Psyche des Betroffenen wird hier nicht verlangt.

Wie die bisherigen Untersuchungen zeigen, kommen subjektive Unrechtselemente außerhalb des Täters in einer ganzen Reihe von Fällen vor, ohne daß dieselben allerdings von größerer praktischer Bedeutung wären. Viel bedeutsamer und beachtenswerter ist demgegenüber das Auftreten subjektiver Unrechtselemente im Täter selbst. Deshalb wollen wir uns im Folgenden eingehender damit beschäftigen.

Eine Uebersicht über die Arten und Formen von Deliktstatbeständen mit täterpsychischen subjektiven Unrechtselementen geben Binding, M. E. Mayer, Mezger, Hegler, Zimmerl und Wolf.

Als erster klassifizierte die Delikte mit täterpsychischen Unrechtselementen Binding[41]) als solche, in denen die Verbrechensform auftritt als „Zurückschiebung der Verbrechensvollendung in das Stadium des erst versuchten Delikts“. Er unterschied drei Untergruppen:

1. Kupierte Erfolgsdelikte, bei denen „die kausale Handlung, die einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen soll, als solche den Tatbestand des vollendeten Verbrechens bildet, einerlei, ob der Erfolg eingetreten ist oder ausbleibt“.

2. Verkümmert zweiaktige Delikte. Es handelt sich hier „um die Zurückschiebung bei zweiaktigen Delikten in der Form, daß der erste Akt, begangen in der Absicht, den zweiten folgen zu lassen, das vollendete Verbrechen konstituiert“.

3. Reine Versuchsdelikte. Hier „formt der Gesetzgeber die Tatbestände so, daß sie den ganzen Deliktsversuch schon von seinem ersten Anfang an umfassen“.

Hegler[42]) nennt die von Binding erfaßten Delikte „Delikte mit überschießender Innentendenz“. Er ersetzt die Dreiteilung Bindings durch eine Zweiteilung in

1. Erfolgsabsichtsdelikte (kupierte Erfolgsdelikte Bindings);
2. Nachaktsabsichtsdelikte (verkümmert zweiaktige Delikte Bindings).

Die Versuchsdelikte Bindings unterstellt Hegler den Erfolgsabsichtsdelikten. Unter Erfolgsabsichtsdelikten versteht Hegler Delikte, „bei denen das objektiv geforderte Verhalten gewollt sein muß als Mittel zur Erreichung eines über dasselbe hinausgehenden äußeren Erfolges, der dann von selbst eintreten soll“. Unter Nachaktsabsichtsdelikten versteht Hegler Delikte, „bei denen das objektiv geforderte Verhalten gewollt sein muß als Mittel zur Vornahmemöglichkeit weiterer Handlungen des Täters selbst, ausnahmsweise auch seitens verbundener Dritter“. Daneben nennt Hegler noch „Fälle vorausgesetzter psychologischer Situation oder psychologischer Wirkung“ und die „Fälle der sinngebenden Absicht“.

Mezger[43]) klassifiziert die Delikte in

1. Tendenzdelikte, bei denen der Täter etwas tut, damit eine weitere Folge eintrete (also etwa entsprechend Bindings kupierten Erfolgsdelikten und Versuchsdelikten und Heglers Erfolgsabsichtsdelikten).

2. Absichtsdelikte, bei denen die Tat gewollt wird als subjektives Mittel zu eigenem weiteren Handeln (etwa entsprechend Bindings verkümmert zweiaktigen Delikten und Heglers Nachaktsabsichtsdelikten).

3. Ausdrucksdelikte, bei denen die Handlung als Ausdruck eines seelischen Vorgangs im Täter erscheint.

Wolf[43a]) unterscheidet

1. Delikte mit extensivierter Willenstendenz. Diese teilt er ein in

a) Absichtsdelikte, bei denen die Strafwürdigkeit nicht in einer bestimmten Veränderung der Außenwelt ihren Grund hat, sondern in einer inneren Einstellung des Täters zu seinem Tun;

b) Unternehmungsdelikte, die begeht, „wer etwas tut, aber mehr will, und zwar etwas Unbestimmtes, Atypisches tut, um etwas Bestimmtes, Typisches herbeizuführen";

c) Zweckdienlichkeitsdelikte, und zwar

aa) objektive, die begeht, „wer etwas tut, ... damit daraus etwas anderes ohne weiteres Zutun entstehe",

bb) subjektive, die begeht, „wer etwas tut, ... um wieder selbst zu tun".

2. Delikte mit intensivierter Willenstendenz, die er unterscheidet in

a) Dispositionsdelikte;

b) Konstitutionsdelikte.

Als Dispositionsdelikte bezeichnet Wolf die Deliktstypen, die eine spezifische, psychische, also quantitative Intensivierung im Vorstellungsbereich oder im emotionalen Gebiet verlangen.

Als Konstitutionsdelikte bezeichnet Wolf die Deliktstypen mit einer kumulativen, nicht qualitativen Tendenzveränderung.

M. E. Mayer und Zimmerl folgen der Terminologie Bindings; nur rechnen sie die reinen Versuchsverbrechen zu den kupierten Erfolgsdelikten.

Wir folgen in der Klassifizierung, die technische Grundlage für die teleologische Untersuchung sein soll, teils Hegler, teils Binding und Wolf.

Wir unterscheiden:

I. Delikte mit überschießender Innentendenz, die wir in drei Untergruppen einteilen:

1. Erfolgsabsichtsdelikte,
2. Nachaktsabsichtsdelikte,
3. reine Versuchsdelikte;

II. Delikte mit intensivierter Innentendenz, und zwar:

1. Dispositionsdelikte,
2. Konstitutionsdelikte.

I. Delikte mit überschießender Innentendenz.

Unter Delikten mit überschießender Innentendenz verstehen wir mit Hegler[44]) solche, bei denen auf der Innenseite etwas (eine

bestimmte Absicht) verlangt wird, dem äußerlich, objektiv nichts korrespondieren muß.

1. Erfolgsabsichtsdelikte. Unter Erfolgsabsichtsdelikten verstehen wir Delikte, bei denen das objektiv geforderte Verhalten gewollt sein muß als Mittel zur Erreichung eines über dasselbe hinausgehenden äußeren Erfolges, der dann von selbst eintreten soll. Ein Erfolgsabsichtsdelikt ist z. B. die Staatsverleumdung nach § 131 StGB. Das objektiv geforderte Verhalten ist hier „das öffentliche Behaupten oder Verbreiten von erdichteten oder entstellten Tatsachen, wissend, daß sie erdichtet oder entstellt sind". Dieses objektiv geforderte Verhalten muß gewollt sein als Mittel zur Erreichung eines über dasselbe hinausgehenden äußeren Erfolges („um dadurch Staatseinrichtungen oder Anordnungen der Obrigkeit verächtlich zu machen"). Der gewollte Außenerfolg ist hier also die Verächtlichmachung von Staatsinteressen. ... Dieser Erfolg soll von selbst eintreten, ohne daß der Täter noch etwas dazuzutun braucht oder will. Diese Erfolgsabsichtsdelikte sollen nun subjektive Unrechtselemente enthalten und zwar durch die Erfolgsabsicht. Die Erfolgsabsicht in § 131 war das öffentliche Behaupten von erdichteten Tatsachen, ... um dadurch Staatseinrichtungen oder Anordnungen der Obrigkeit verächtlich zu machen. Wir müssen also nachweisen, daß diese Erfolgsabsicht subjektiver Natur und Unrechtselement ist. Wir müssen uns fragen, genügt das im objektiven Tatbestand geforderte Verhalten dem Gesetzgeber, um die Rechtswidrigkeit der Tat zu begründen. In § 131 enthält das objektiv geforderte Verhalten, auch wenn die spezifische Absicht des Täters nicht vorhanden ist, regelmäßig bereits eine gewisse Rechtsgutsgefährdung, wenn es nur an sich geeignet ist, den schädlichen Erfolg herbeizuführen; § 131 verlangt aber nicht, daß die behaupteten Tatsachen objektiv geeignet sein müssen, Staatseinrichtungen ... verächtlich zu machen;[15]) § 131 verlangt jedoch die Erfolgsabsicht des Täters. Der Gesetzgeber stellt nicht auf die objektive Eignung der Tatbestandshandlung ab, was er ja hätte tun können, wie z. B. in § 346 (eine Handlung begeht, welche geeignet ist ...). Nicht wer erdichtete Tatsachen behauptet, die geeignet sind, Staatseinrichtungen usw. verächtlich zu machen, sondern nur, wer solche Tatsachen behauptet, um Staatseinrichtungen verächtlich zu machen, erfüllt den Tatbestand. Die in der bloßen objektiven Tendenz der Handlung an sich enthaltene Rechtsgutsgefährdung reicht nicht aus, um die Rechtswidrigkeit zu begründen. § 131 ist kein Rechtsgutsverletzungsdelikt — denn es kommt nicht auf eine tatsächliche Verletzung des Rechtsguts an —, sondern ein Rechtsgutsgefährdungsdelikt. Der Gesetzgeber hält den Tatbestand für erfüllt und strafbar, wenn dieser Gefährdungswille da ist. Die Er-

folgsabsicht ist also unrechtsbegründend. Sie ist auch subjektiv; denn maßgebend für die Gefährdung ist die Absicht des Täters, seine psychische Einstellung. Einen Einwand dagegen, daß diese Momente subjektiv seien, bringt Zimmerl,[16]) auf den sich einzugehen lohnt. Zimmerl behauptet für die echten Absichtsdelikte, und zu diesen gehört doch auch § 131, dies Element sei zwar unrechtsbedeutsam, aber nicht subjektiver Natur. Es komme nur darauf an, ob das objektiv geforderte Verhalten geeignet, mit anderen Worten objektiv darauf gerichtet sei, den weiteren Erfolg, den „Inhalt der Absicht" herbeizuführen. Die hierin liegende Gefährlichkeit allein mache den rechtsgutsbeeinträchtigenden Charakter des äußeren Verhaltens aus; auf die subjektive Einstellung des Täters könne es nicht ankommen. Der rechtsgutsbeeinträchtigende Charakter der Tat sei unabhängig von der Willensrichtung des Täters. Es ist richtig, daß in manchen Fällen der Erfolgsabsichtsdelikte das objektiv geforderte Verhalten durchaus objektiv geeignet sein kann, den weiteren Erfolg herbeizuführen, wie z. B., wenn in § 131 die behaupteten Tatsachen an sich geeignet sind, Staatseinrichtungen verächtlich zu machen. Diese Eignung ist tatsächlich ein objektives Element und nicht ein subjektives. Diese Tatsache berechtigt aber nicht zur Folgerung Zimmerls, daß die Erfolgsabsicht des Täters für die Rechtswidrigkeit der Tat überhaupt ohne Bedeutung ist. Wenn das objektiv geforderte Verhalten, auch ohne Erfolgsabsicht des Täters, eine gewisse Rechtsgütergefährdung oder -verletzung enthalten kann, so genügt diese Tatsache dem Gesetzgeber nicht. Der Gesetzgeber verlangt eine Rechtsgutsgefährdung, die existent wird durch die Erfolgsabsicht des Täters. Der Gesetzgeber verlangt hier eine solche, derart typisierte Rechtsgutsgefährdung, genau so wie er bei anderen Tatbeständen sich nicht mit einer Rechtsgutsgefährdung begnügt, sondern zur Tatbestandsverwirklichung eine Rechtsgutsverletzung verlangt. Der Gesetzgeber sieht hier die Rechtsgutsgefährdung weniger in der objektiven Gefährlichkeit der Handlung wie in der subjektiven Gefährlichkeit des Täters. Es enthält also der Tatbestand des § 131 entgegen der Meinung Zimmerls, dem Goldschmidt beipflichtet, mit der Ansicht Heglers, der Zimmerls Ausführungen entgegentritt, und Mezgers ein subjektives Unrechtselement, das der Gesetzgeber mit der Erfolgsabsicht („um zu") in den Tatbestand gestellt hat.

Ein weiteres Erfolgsabsichtsdelikt ist § 174 durch das Tatbestandsmerkmal „unzüchtige Handlung", in dem implicite ein subjektives Moment enthalten ist, gegeben. Der Täter muß in „wollüstiger Absicht" gehandelt haben.[17]) In dem Begriff „wollüstige Absicht" steckt in doppelter Weise ein subjektives Unrechtselement. Deshalb betrachtet Hegler mit Recht diese Delikte sowohl als Erfolgsabsichtsdelikte als auch als Delikte „vorausgesetzter psycholo-

gischer Situation", während Mezger sie zu den „Tendenzdelikten" zählt; denn erstens handelt es sich um die Erregung bzw. Befriedigung eines geschlechtlichen Lustgefühls, also um einen inneren Vorgang in der Seele des Täters und damit um ein Delikt vorausgesetzter psychologischer Situation, zweitens braucht dieser Erfolg in der Täterpsyche nicht eingetreten zu sein, sondern muß nur beabsichtigt gewesen sein. Darin liegt ein den Erfolgsabsichtsdelikten eigenes subjektives Unrechtselement. Das geschützte Rechtsgut, das hier die geschlechtliche Freiheit und die Reinhaltung eines Ueberordnungsverhältnisses von geschlechtlichen Motiven ist, erscheint nur dann als verletzt, wenn diese Erfolgsabsicht beim Täter vorliegt. Man sieht also, daß diese subjektiven Momente bedeutsam sind für den Unrechtscharakter der Tat. Die Handlung muß aus einer bestimmten subjektiven Tendenz heraus erfolgt sein. Diese Tendenz kann wie hier ein bestimmter Trieb, der Sexualtrieb, sein, als dessen Betätigung sich die Handlung erweisen muß, um tatbestandsmäßig zu sein. Nur wenn in § 174 die Handlung subjektiv von wollüstiger Absicht getragen ist, ist der gesetzliche Tatbestand erfüllt, während eine durchaus gleichartige äußere Handlung, wenn sie einer diagnostischen oder therapeutischen Tendenz des Handelnden entstammt, rechtlich indifferent ist.[48]) Der Täter muß in wollüstiger Absicht gehandelt haben, sonst entfällt nicht nur seine Schuld, sondern auch sein Unrecht im Sinn des § 174. Daß diese subjektiven Elemente also für den Unrechtscharakter der Tat von Bedeutung sind, ergibt sich daraus, daß der rechtsgutsverletzende Charakter der äußeren Handlung ein ganz anderer ist, wenn ihr diese Erfolgsabsicht zugrunde liegt, als wenn diese fehlt. Ob eine Handlung unzüchtig ist, hängt nicht allein von der äußeren Handlung ab, sondern erst von der inneren Einstellung des Handelnden, von seiner sexuellen Tendenz. Auch kann man nicht den Einwand bringen, bei den Sittlichkeitsdelikten bestehe das subjektive Moment nicht in einer bestimmten Erfolgsabsicht, sondern in der geschlechtlichen Lust, das Unrecht aber in nichts anderem als in einer objektiv verbotenen Form der Lustbefriedigung. Aber auch wenn man für die Erfolgsabsicht die „Lust" einsetzt, bleibt die Lust Voraussetzung für den Unrechtscharakter der Tat. Die Lust aber besteht doch in der subjektiven Erfolgsabsicht des Täters; das subjektive Vorhandensein dieser Absicht macht die Lust aus. Die Lust kann nur subjektiv erfaßt werden als bestimmte Absicht des Täters. Daß Hegler gegen die Zuteilung dieses Delikts wie überhaupt der Sittlichkeitsdelikte zu den Tendenzdelikten ist und sie zu den Absichtsdelikten und zwar den Erfolgsabsichtsdelikten rechnet, begründet er logisch in seinem Beitrag zur Frank-Festschrift [19]): Die Erregung des eigenen Geschlechtstriebs erscheint als ein über die Handlung hinausliegender Effekt, der auch vorliegt bei

Nichteintreten trotz Vornahme der Handlung. Die Absicht geht auf ein post hoc, wenn auch ein solches minimalen zeitlichen Abstands. Diesen zeitlichen Abstand übersieht Mezger bei seiner Zuteilung. Aber in der Annahme eines subjektiven Unrechtselements bei diesem Delikt sind sich beide einig. Auch Zimmerl[50]) erkennt ein subjektives Unrechtselement in der Erfolgsabsicht an, da dieser Erfolg nicht eine Veränderung in der Außenwelt darstellt, sondern lediglich innerhalb der Psyche des Täters verläuft. Auch er bezeichnet sie als Erfolgsdelikte mit vorgeschobenem Vollendungsstadium, wenn auch als versteckte. Nach ihm gehören sie eigentlich zu den Absichtsdelikten. Auch Wolf[51]) erkennt ein vom gesetzlichen Tätertypus gefordertes subjektives Tatbestandselement bei den Triebdelikten wie § 174 an. Nur Goldschmidt[52]) verneint dieses. Er greift das bekannte Faustbeispiel M. E. Mayers[53]) an und behauptet, es stimme nicht, daß die Absicht das Entscheidende dafür sei, ob die Handlung rechtmäßig oder rechtswidrig sei. Wenn ein Arzt in wollüstiger Absicht, aber objektiv begründet, eine Untersuchung vornimmt, handle er rechtmäßig. Nicht subjektive Momente seien entscheidend, sondern die objektive äußere Handlung als solche. Es komme nicht auf das Motiv des Täters an, sondern auf das Ziel, zu dessen Erreichung die Handlung objektiv tauglich sei. Ist das Ziel der Handlung rechtmäßig, so ist die Handlung rechtmäßig, auch wenn das Motiv anders orientiert ist. Wir haben die Erfolgsabsicht als subjektives Unrechtselement bezeichnet. Die Erfolgsabsicht des Arztes bestimmt aber das Ziel. War die Erfolgsabsicht auf eine objektiv notwendige Untersuchung gerichtet, so ist die Handlung rechtmäßig, da die Erfolgsabsicht trotz eines unlauteren Motivs nicht auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet ist. Der beabsichtigte Erfolg ist ja nicht sexuelle Befriedigung, sondern Heilung, auch wenn im Hintergrund ein sexuelles Motiv mitspielt; man muß also, wie wir sehen, scharf zwischen Motiv und Ziel trennen. War dagegen die sexuelle Befriedigung als Erfolg beabsichtigt und dies vom Gesetz mißbilligte Ziel wurde verdeckt durch die an sich objektiv gerechtfertigte Heilbehandlung, so liegt eine rechtswidrige Handlung vor. Wir sehen also, daß entscheidendes Kriterium für den Unrechtscharakter der Tat das subjektive Element der Erfolgsabsicht ist. Dieses Ergebnis wird von Goldschmidts Trennung von Motiv und Ziel nicht erschüttert. Maßgebend ist das Ziel, aber nicht, wie Goldschmidt meint, das Ziel, zu dessen Erreichung die Handlung objektiv tauglich erscheint, sondern das Ziel, auf das subjektiv der Täter seine Erfolgsabsicht gerichtet hat. Der Einwand Goldschmidts gegen die Annahme subjektiver Unrechtselemente bei der Erfolgsabsicht nach § 174 schlägt also nicht durch. Aber selbst, wenn man das Vorliegen einer bestimmten Erfolgsabsicht bestreitet, so sagt dies doch nicht, daß der Tatbestand des

§ 174 frei ist von subjektiven Unrechtselementen. Nur liegen sie nicht vor wegen des Charakters des Delikts als Erfolgsabsichtsdelikt, sondern wegen seines Charakters als Delikt mit vorausgesetzter seelischer Wirkung (Hegler), die wir zu den Delikten mit intensivierter Innentendenz rechnen und dort zu besprechen haben. Erfolgsabsichtsdelikte sind ebenso die §§ 175, 175a, 175b, 176 StGB. durch ihr Tatbestandsmerkmal „unzüchtig".

Ein weiteres Erfolgsabsichtsdelikt ist § 143, die Entziehung der Wehrpflicht durch Täuschung. Der Täter beabsichtigt als Erfolg, sich der Wehrpflicht zu entziehen und benutzt als Mittel dazu Täuschung. Nicht erst der eingetretene, sondern schon der beabsichtigte Erfolg macht die Handlung zu einer tatbestandsmäßigen. Diese Erfolgsabsicht ist unrechtsbegründend. Das geschützte Rechtsgut ist die militärische Kraft des Staates; diese wird gefährdet durch die Absicht, sich der Dienstpflicht zu entziehen. Erst diese Absicht macht die Handlung zu einer die Wehrkraft des Volkes gefährdenden. Den § 143 hat der Gesetzgeber als Gefährdungsdelikt formuliert. Ihm genügt zu einer Unwertserklärung der Handlung bereits eine Gefährdung der geschützten Rechtsgüter, es braucht nicht zu einer Rechtsgutsverletzung gekommen sein. Der Gesetzgeber spricht hier in der Fassung der Paragraphen vom 25. Juni 1935 von „Vorsatz", meint aber damit nicht nur das vorsätzliche Verwirklichen der objektiven Tatbestandsmerkmale, sondern darüber hinaus ein zusätzliches psychisches Moment, das wir als Erfolgsabsicht bezeichnen können; denn es handelt sich hier um eine überschießende Innentendenz, die auf einen außerhalb des objektiven Tatbestands liegenden Erfolg gerichtet sein muß, nämlich auf ein Freikommen von der Wehrpflicht.

Ebenso ist Erfolgsabsichtsdelikt der § 140 mit seinem Auswandern in der Erfolgsabsicht, sich der Erfüllung der Wehrpflicht zu entziehen. Auch hier ist diese Erfolgsabsicht unrechtsbegründend. Die Handlung stellt sich erst durch diese Absicht als eine Schädigung des geschützten Rechtsguts, der Wehrkraft des deutschen Volkes, dar. Das Recht bewertet die Handlung ganz anders bei Vorliegen dieser Erfolgsabsicht als ohne Vorliegen derselben. Ohne Vorliegen ist der Unrechtscharakter der Handlung nicht so, wie ihn § 140 verlangt. Erst aus der Verbindung von äußerer Handlung und dem besonderen „Vorsatz" des Täters, seiner Erfolgsabsicht, dem „um zu" entsteht der eigentliche rechtsgutsbeeinträchtigende Charakter der Tat. Nicht das Auswandern an sich ist derart rechtswidrig, wie es § 140 verlangt, sondern nur das Auswandern in der besonderen Absicht, sich der Wehrpflichterfüllung zu entziehen. Das subjektive Element, die Erfolgsabsicht, spielt sich in der Psyche des Täters ab.

Beim Totschlag bei Unternehmung einer strafbaren Handlung nach § 214 bejahen Hegler, Mezger und Wolf das Vorliegen eines subjektiven Unrechtselements. Dies bestreitet Zimmerl. Die Erfolgsabsicht ist hier, entweder ein der Ausführung der strafbaren Handlung entgegentretendes Hindernis zu beseitigen, oder sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen. Die Erfolgsabsicht ist auch hier wieder wie bei allen bisherigen Erfolgsabsichtsdelikten täterpsychisches, also subjektives Element. Problematisch ist hier nur, ob die Erfolgsabsicht nur Schuldelement oder auch Unrechtselement ist. Zimmerl bestreitet, daß die Erfolgsabsicht ein Unrechtselement ist. Zimmerl frägt, ist das eigentliche Uebel, das die Rechtsordnung vermieden wissen will, gerade das, worauf die Absicht gerichtet ist, und bestreitet, daß in § 214 das eigentliche Uebel im Entkommen des Täters oder in der Beseitigung eines Hindernisses anläßlich der Ausführung der strafbaren Handlung ist. Tierfelder[54]) äußert sich dazu, es sei nicht ersichtlich, „weshalb ein zufällig zum Verbrechenshindernis gewordener Mensch höheren Rechtsschutz genießen soll". Hegler behauptet von der Erfolgsabsicht, sie sei Unrechtselement, wenn auch das eigentliche Uebel nicht das Entkommen des Täters ist, sondern die Tötung, aber die gesteigerte Antisozialität liege eben in der Tötung bei Ausführung einer strafbaren Handlung, um sich der Ergreifung zu entziehen. Wolf sagt, daß die besondere Strafwürdigkeit dieser Fälle in der besonderen Gefährlichkeit des Täters beruht, der nach dem Satz urteilt, daß erfahrungsgemäß das angewendete Mittel zum erwünschten verbotenen Zweck führt. Er erkennt daraus, daß die Gefährlichkeit nicht stets ein Schuldelement ist. Sie kann nach seiner Ansicht zum Unrechtsbestandteil werden, „wenn sie von den konkreten Umständen losgelöster Bestandteil eines abstrakten Tattypus geworden ist".[55]) Die Gefährlichkeit erscheint als subjektive Sozialschädlichkeit oder als personale Verkörperung des Unrechts. Fragen wir uns nun, ob diese Erfolgsabsicht nur Schuldmoment ist, so müssen wir zu einer Verneinung kommen. Die Schuld des Täters ist nicht größer durch diese Erfolgsabsicht, sondern eher geringer. Der Täter handelt in einer gewissen Zwangslage, besonders bei seiner Ergreifung auf frischer Tat. Die Erfolgsabsicht ist ein Unrechtselement. Zimmerl sieht als Schutzobjekt des Gesetzes nur das Leben des Einzelnen. Bei dieser Betrachtung ist dann die Erfolgsabsicht natürlich nur Schuldelement. Hegler sieht als Schutzobjekt auch die Wirksamkeit des staatlichen Strafanspruchs. Aber diese Begründung ist nicht durchschlagend für den ersten Halbsatz des § 214, nämlich, wenn der Täter tötet, um ein der Ausführung der strafbaren Handlung entgegentretendes Hindernis zu beseitigen. Das richtige Argument hat hier wohl Wolf gefunden. In der Person des Täters ist in diesem Delikt eine verstärkte Antisozialität verwirk-

licht, derentwegen dem Täter nicht ein stärkerer Schuldvorwurf gemacht werden kann, die aber den Unrechtscharakter der Tat in weitgehendem Maß beeindruckt. Die Handlung ist bei einer solchen Erfolgsabsicht von sehr starkem Unrechtswert. Der Angriff gegen die geschützten Rechtsgüter ist dadurch erhöht. Durch eine Handlung mit solcher Erfolgsabsicht werden die Rechtsgüter besonders stark gefährdet. Um einer solchen Gefährdung der Rechtsgüter, die durch die Erfolgsabsicht hervorgerufen wird und die in einer konkreten Rechtsgutsverletzung zum Ausdruck kommt, zu steuern und ihr kräftig gegenüberzutreten, hat der Gesetzgeber diesen Tatbestand formuliert. Die Erfolgsabsicht ist das Element, auf dem der Gesetzgeber aufbaut, um diesen besonderen Tatbestand zu konstruieren. Damit erfüllt der Gesetzgeber seinen beabsichtigten Zweck. Stellt er auf die Erfolgsabsicht als Wertmesser für den Unrechtscharakter der Tat ab, so genügt er am sichersten seinem Zweck, dem Rechtsgüterschutz. Zweck des besonderen Tatbestands des § 214 ist ja nicht Bestrafung der erhöhten Schuld des Täters, sondern Bestrafung zum Schutz der Rechtsgüter, weil diese Handlung eine erhöhte Gefahr für sie bildet. Und gefährdet durch die Erfolgsabsicht des Täters sind im Endeffekt alle Rechtsgüter, die der Staat schützen will, vor allem die Rechtssicherheit der Gemeinschaft selbst. Der Gesetzgeber will damit das Aufkommen von Gangstermethoden verhüten, die die Rechtssicherheit des Gemeinschaftslebens aufs schwerste erschüttern. Auch wenn im konkreten Falle vielleicht die Schuld des Täters nicht größer ist als sonst, der rechtsgutsverletzende Charakter der Handlung ist immer intensiver.

Wir sehen hier, daß die Gefährlichkeit und auch die Gesinnung des Täters nicht nur Schuldmomente sein können, sondern auch Unrechtsmomente. Dies gilt auch bei dem Erfolgsabsichtsdelikt des § 229. Beabsichtigter Erfolg ist die Gesundheitsschädigung. Dies subjektive Element in der Psyche des Täters muß vorliegen, um den Tatbestand der Vergiftung zu erfüllen. Aber ist die Erfolgsabsicht Unrechtselement und ist sie nicht nur Schuldelement, erhöhte Vorwerfbarkeit, wegen der Gefährlichkeit des Täters, der sich als Giftmischer betätigt? Diese Gefährlichkeit des Täters und diese seine Gesinnung beeinflussen den rechtsgutsschädigenden Charakter der Tat. Objektiv wird zwar das e i n e geschützte Rechtsgut, die Gesundheit des Betroffenen, in gleicher Weise verletzt, ob der Täter die Absicht hat, die Gesundheit zu schädigen oder nicht. Aber eine viel stärkere allgemeine Rechtsgutsgefährdung liegt in der Gesinnung des Täters. Wegen dieser erhöhten Rechtsgutsgefährdung schuf wohl der Gesetzgeber diesen Paragraphen. Ein „Giftmischer“ ist eine ständige Gefahr für alle Rechtsgüter, die das Gesetz schützen will; kein Rechtsgut ist sicher vor einer solchen Natur. Daß der Gesetz-

geber einen solchen Paragraphen schuf, zeigt, daß er sich klar war über die erhöhte Rechtsgutsgefährdung, sonst hätte es dies nicht gebraucht; wenn man die Erfolgsabsicht bei der Vergiftung nur als Schuldmerkmal kennzeichnen wollte, hätte man ja im allgemeinen Rahmen der Körperverletzung bleiben und hier nur dem Täter erhöhte Schuld beimessen können. Diese Erfolgsabsicht ist, wie auch Hegler, Mezger und Wolf annehmen, ein subjektives Unrechtselement. Wenn man neben der konkreten Rechtsgutsverletzung eine abstrakte Rechtsgutsgefährdung annimmt, dann kann man auch nicht so argumentieren, auf der Gefährdung der Gesundheit speziell durch Gift liege eine spezifische Unwertsbetonung; die Absicht der Gesundheitsbeschädigung erhöht nicht den rechtsgutsschädigenden Charakter des in § 229 typisierten Verhaltens; denn die gesundheitsschädliche Wirkung ist offensichtlich unabhängig von der Erfolgsabsicht des Täters. Dies ist richtig für die konkrete Rechtsgutsverletzung, nicht aber für die abstrakte Rechtsgutsgefährdung, die gerade erst durch die Erfolgsabsicht des Täters, durch dessen rechtsgutsgefährdende Gesinnung, auftritt. Man darf eben nicht nur abstellen auf das Rechtsgut, dessen Schutz im Einzelfall besonders hervortritt, man muß hinter jedem Paragraphen den Zweck des Gesetzgebers sehen, alle Rechtsgüter zu schützen, die der Staat für schutzwürdig ansieht. Das StGB. soll doch ein großes Ganzes bilden, das geschaffen ist zum Schutz alles Rechtsgüter, die geschützt werden müssen, um die Volksgemeinschaft lebensfähig und gesund zu erhalten, und Angriffe darauf, die auf dem Umweg über den Einzelnen letzten Endes doch auch immer die Gemeinschaft berühren, abzuwehren.

Ein weiteres Erfolgsabsichtsdelikt ist § 252, die Gewaltausübung eines Diebes in der Erfolgsabsicht, sich im Besitz des gestohlenen Rechtsguts zu erhalten. Diese Erfolgsabsicht ist subjektives, täterpsychisches Element. Dem Gesetzgeber kommt es auf die Absicht an, sich im Besitz der schon gestohlenen Güter zu halten. Darauf, ob der Dieb sich tatsächlich im Besitz zu erhalten vermag oder ob er ihn wieder aufgeben muß, kommt es nicht an. Maßgebend ist also nur das subjektive Element in der Seele des Täters. Daß die Erfolgsabsicht notwendiges Tatbestandsmerkmal ist, erhellt daraus, daß die Absicht, sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen, nicht ausreicht. Aber ist dies subjektive Tatbestandselement für die Rechtswidrigkeit der Handlung von Bedeutung? Ja, diese subjektive Einstellung des Täters, die ihn zur Gewaltausübung bestimmt, begründet den typischen Unwertscharakter der Tat, gestaltet ihn so, daß die Diebstahlshandlung mit Gewaltanwendung in dieser Absicht wie ein Raub nach § 249 bestraft wird. Unrechtselement ist, abgesehen von dem Diebstahlstatbestand, erstens die Gewaltanwendung als objektives Unrechtselement und zweitens die Erfolgsabsicht, sich das Diebs-

gut zu bewahren, als subjektives Unrechtselement. Die Tat erscheint genau so rechtswidrig wie der Raub durch die Gesinnung des Täters, seine Erfolgsabsicht. § 252 ist also ein Erfolgsabsichtsdelikt mit subjektivem Unrechtselement.

Die Erfolgsabsicht der Erpressung gemäß § 253 liegt in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Es muß nur die Absicht des Täters darauf gerichtet sein, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, tatsächlich braucht es zu keiner Bereicherung gekommen sein. Bedeutsam ist lediglich das subjektive Moment in der Täterpsyche. Dies subjektive Element ist unrechtsbedeutsam. Entfällt diese Erfolgsabsicht, so ist der Unrechtscharakter des Tatbestandes durch die Handlung nicht erfüllt; es liegt dann gar keine Erpressung vor. Die Erpressung ist Freiheits-, Vermögens- und Bereicherungsdelikt. Daß sie Bereicherungs- und Vermögensdelikt ist, hängt von der subjektiven Einstellung des Täters ab; entfällt diese, so entfällt der Charakter der Handlung als Bereicherungs- und Vermögensdelikt und damit der spezifische Charakter als Delikt nach § 253 mit seinem gegenüber der Nötigung erweiterten Rechtsgüterschutz. Geschütztes Rechtsgut ist hier auch noch das Vermögen des Erpreßten. Für diesen rechtsgutsgefährdenden Charakter des Delikts ist also dieses subjektive Element bedeutsam.

Die Begünstigung nach § 257 ist Erfolgsabsichtsdelikt, da sie abstellt auf die Absicht des Begünstigenden, den Täter der Bestrafung zu entziehen oder ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Begünstiger durch den Beistand die Strafbefreiung oder die Sicherung der Vorteile wirklich erreicht.[56]) Es kommt also nur auf die subjektive Seite, die Psyche des Begünstigers, an. Mezger, Hegler und ebenso Wolf halten diese subjektiven Momente für Unrechtselemente. Das von § 257 geschützte Rechtsgut ist vor allem die Rechtspflege. Die Begünstigung ist deswegen strafbar, weil sie Strafvereitelung bewirken will. Daß es aber zu dieser Rechtsgutsgefährdung kommt, setzt voraus, daß die Handlung in dieser Erfolgsabsicht ausgeführt wird, diesen bestimmten Zweck hat. Dieser Zweck ist hier unrechtsbedeutsam. Hat eine Handlung, die die äußeren Voraussetzungen des Begünstigungstatbestandes erfüllt, z. B. nur den Zweck, den Einbrecher aus Leibesgefahr zu erretten, nicht aber ihn der Bestrafung zu entziehen, so liegt keine rechtswidrige Handlung vor. Erst die Erfolgsabsicht macht die bisher rechtlich indifferente äußere Handlung zu einer rechtswidrigen, die den Deliktstatbestand der Begünstigung erfüllt. Zimmerl vertritt die Ansicht, nicht die Absicht als solche sei Tatbestandselement, sondern das, worauf sie gerichtet sei, das Objekt der Absicht. Er will das subjektive Element auf ein objektives

zurückführen. Dem widerspricht aber der Tatbestand des § 257. Tatbestandselement ist hier eben nicht das Objekt der Absicht, das wäre hier die Vereitelung der Bestrafung des Täters, sondern die Absicht zu vereiteln. Das Gesetz begnügt sich mit der subjektiven Erfolgsabsicht, es verlangt eben gerade nicht die Objektivierung der Absicht, also tatsächlich erfolgte Vereitelung der Bestrafung oder gelungene Vorteilssicherung. Das Erfolgsabsichtsdelikt enthält also ein subjektives Unrechtselement in der Erfolgsabsicht. Ebenso die Personenhehlerei nach § 258, die ja den ganzen Begünstigungstatbestand in sich schließt.

Der Betrug des § 263 ist insoweit Erfolgsabsichtsdelikt, als er Bereicherungsabsicht verlangt. Diese Bereicherungsabsicht ist subjektives Element, das Erfordernis der Bereicherung wird aus dem äußeren in den inneren Tatbestand verlegt im Gegensatz zum Erfordernis des objektiven Vermögensschadens auf der Geschädigtenseite; hier genügt die subjektive Absicht nicht.[57]) Nun fragt es sich, ist diese Bereicherungsabsicht von Bedeutung für den Unwertscharakter der Tat. Ist verletztes Rechtsgut allein das Vermögen des Geschädigten, so hat die Vermögensbeschädigung des Getäuschten Bedeutung für den Unrechtscharakter der Handlung und nur diese. Aber das Vermögen ist nicht das einzige geschützte Rechtsgut; denn der Deliktstatbestand ist nicht allein dazu da, eine Vermögensschädigung von Rechtsgenossen zu verhüten; er soll doch überhaupt die Sauberkeit des Rechtsverkehrs bewahren. Dann ist aber eine solche Bereicherungsabsicht schon von Bedeutung für den Rechtswidrigkeitscharakter der Handlung. Daß der Betrugsparagraph nicht nur die Vermögensinteressen des Betrogenen schützen will, sondern weiterreichende Ziele verfolgt, ersieht man klar daraus, daß durch Gesetz vom 26. Mai 1933 der neue Absatz 4 von § 263 einen Betrug als besonders schweren Fall ansieht, wenn die Tat das Wohl des Volkes geschädigt hat. Wir sehen, wie verschieden eine das Vermögen des Betrogenen gleich schädigende Handlung ist, wenn sie aus Bereicherungsabsicht geschehen ist oder z. B. aus einem schlechten Ulk. Beide Handlungen, die äußerlich denselben Erfolg haben, sind in ihrem Rechtswert durchaus verschieden; die eine Handlung ist in viel stärkerem Maße antisozial als die andere. Obwohl beidemal das eine Rechtsgut, das Vermögen des Betrogenen, gleich verletzt ist, ist der rechtsgutsbeeinträchtigende Charakter der Handlung grundverschieden durch die Verschiedenheit der in ihnen enthaltenen Angriffsstärke auf den Rechtsgüterschutz. Nur in dem ersten Fall erfolgt Bestrafung nach dem Betrugsparagraphen. Man muß eben nicht nur auf ein bestimmtes Rechtsgut abstellen, sondern auf den Schutz jeden Rechtsguts als Rechtsgut der Gesamtheit. Dann zeigt sich klar die Bedeutung der Bereicherungsabsicht für die

Rechtswidrigkeit der Handlung. § 263 enthält also als Erfolgsabsichtsdelikt ein subjektives Unrechtselement, was auch von Hegler, Mezger und Wolf bejaht wird.

Auch die schwere Urkundenfälschung nach § 268 ist ein Erfolgsabsichtsdelikt. Der Täter begeht eine Urkundenfälschung in der Erfolgsabsicht, sich oder einem anderen damit einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem anderen Schaden zuzufügen. Mit der Urkundenfälschung schließt der Täter sein Handeln ab; er hat kein weiteres Handeln vor. Diese Erfolgsabsicht muß zum Vorsatz hinzutreten, um den Tatbestand der schweren Urkundenfälschung zu erfüllen. Dieses subjektive Element muß also vom Vorsatz, der nur die Schuld begründet, abgetrennt werden. Es spielt eine Rolle dafür, daß die Handlung als eine solche nach § 268 bewertet werden kann. Der rechtsgutsverletzende Charakter ist hier ganz anders als bei der einfachen Urkundenfälschung nach § 267. Die Tatbestandserfüllung nach § 268 stellt sich als eine viel intensivere Rechtsgutsbeeinträchtigung dar. Handelt der Täter ohne diese Erfolgsabsicht, so hat sich nicht nur der Schuldvorwurf gegenüber dem Täter vermindert, sondern auch die Rechtswidrigkeit der Handlung stellt sich als eine ganz andere dar. Es handelt sich dann um eine rechtswidrige Handlung, die den Tatbestand des § 267 erfüllt und nicht den des § 268. Der Tatbestand des § 268 stellt nicht den gleichen Tatbestand wie § 267 nur mit stärkerem Schuldvorwurf dar, sondern es handelt sich um ein Delikt mit einem besonderen Rechtswidrigkeitscharakter. Das Delikt nach § 267 ist rechtswidrig, weil es das geschützte Rechtsgut, die Rechtssicherheit, beeinträchtigt. Das andere Delikt ist rechtswidrig, weil es das in § 268 darüber hinaus geschützte Rechtsgut, die Integrität des Betroffenen und sein Vermögen, die beide vor Schaden geschützt werden sollen, gefährdet. Dieser Tatbestand ist rechtswidrig also aus einer doppelten Rechtsgutsbeeinträchtigung heraus, einmal der Rechtsgutsverletzung durch Verletzung der Rechtssicherheit und zweitens einer Rechtsgutsgefährdung durch Gefährdung der Integrität und des Vermögens des Betroffenen. Die Urkundenfälschung nach § 268 ist also im Gegensatz zu § 267 auch ein Vermögensdelikt. Hegler beweist die Zugehörigkeit solcher subjektiver Elemente zum Unrecht statt zur Schuld damit, daß in den Fällen der subjektiven Unrechtselemente dem Subjektiven nichts Objektives korrespondiere und deshalb die Zuteilung zur Schuld ausscheiden müsse und nur eine solche zum Unrecht übrig bleibe. Dieser negative Beweis, der nach Hegler als Beweis für den Unrechtscharakter dieser subjektiven Elemente genügt, kann auch hier geführt werden. Auch hier entspricht dieser subjektiven Erfolgsabsicht nichts Objektives. Der Gesetzgeber hat hier den Rechtswidrigkeitscharakter nicht nur von äußeren Momenten abhängig ge-

macht, sondern auch von inneren, also subjektiven Momenten. Man sieht, auch mit dieser Beweisführung Heglers kommen wir zum Ergebnis, daß diese subjektiven Momente Rechtswidrigkeitselemente sind. Wir müssen jedoch der Anschauung Mezgers beipflichten, daß dieser negative Beweis für eine Begründung des Rechtswidrigkeitscharakters solcher Elemente nicht genügt. Grund dafür ist der von der Rechtswidrigkeit abhängige Charakter der Schuld. Ein Nachweis, daß solche subjektive Elemente nicht Schuldmomente sind — vorausgesetzt, daß man nicht, wie wir es tun, diese subjektiven Elemente auch für Schuldelemente hält —, genügt noch nicht für den Beweis der Behauptung, daß sie Unrechtselemente sind. Daß sie Unrechtselemente sind, muß darüber hinaus bewiesen werden und das kann man durch den Nachweis, daß diese Elemente auf den rechtsgutsbeeinträchtigenden Charakter der Handlung von Einfluß sind. Wenn Hegler[58]) behauptet, die Bereicherungsabsicht sei kein subjektives Unrechtselement, weil der gesellschaftsschädigende Charakter des Verhaltens hiedurch nicht beeinflußt wird, so kann man dem nicht beipflichten. Das Gegenteil ist richtig; der gesellschaftsschädliche Charakter, wie Hegler sagt, oder der rechtsgutsbeeinträchtigende Charakter, wie Mezger sagt, wird, wie wir schon zeigten, dadurch beeindruckt. Mit Mezger gegen Hegler kann man hier also das Vorliegen eines subjektiven Unrechtselements bejahen. Zimmerl[59]) will die Bestimmung in § 268 halbieren. Den Inhalt der Schädigungsabsicht erkennt er als neues Tatbestandselement gegenüber § 267 an, nicht aber die Bereicherungsabsicht. Hegler wendet sich gegen diese Trennung und will durch die Gleichstellung der Schädigungsabsicht mit der Bereicherungsabsicht beweisen, daß auch die Schädigungsabsicht nur als ein den Täter belastendes Motiv in Betracht kommt, nicht aber als eine Steigerung der Sozialschädlichkeit der Handlung. Wir halten eine Halbierung nach Zimmerl wohl für möglich, aber nicht für nötig. Sowohl Bereicherungs- wie Schädigungsabsicht bedingen den Rechtswidrigkeitscharakter der Handlung, sind also beide subjektive Unrechtselemente.

Nach Hegler[60]) ist das Gebrauchen einer falschen Urkunde gemäß § 270 StGB. ein Erfolgsabsichtsdelikt. Vom Täter wird zur Tatbestandsverwirklichung verlangt, daß er zum Zweck einer Täuschung von einer falschen oder gefälschten Urkunde Gebrauch macht, wissend, daß sie falsch ist. „Wissend, daß sie falsch ist“, ist Schuldmerkmal; der Vorsatz des Täters muß sich darauf beziehen, daß er eine falsche Urkunde verwenden will; damit handelt er vorsätzlich, d. h. schuldhaft. „Zum Zwecke der Täuschung“ schließt eine Absicht in sich, die über den Vorsatz hinausragt. Der Gesetzgeber bewertet die Handlung nicht nur nach dem äußeren Geschehen, sondern hier auch nach der inneren Tendenz des Täters, die über

den bloßen Vorsatz hinausreicht. Diese Tendenz des Täters verstärkt den rechtsgutsbeeinträchtigenden Charakter der Handlung, denn durch diesen Täuschungszweck wird die Rechtssicherheit erheblich stärker gefährdet als bei einem Handeln ohne denselben. Dieser Zweck ist also von Bedeutung für die Rechtswidrigkeit der Handlung. Der Gesetzestatbestand verlangt keinen realen Täuschungsakt mehr, sondern begnügt sich mit dem subjektiven Moment im Täter. Der Gesetzgeber hätte ebenso erst mit dem Eintritt einer konkreten Täuschung den Unrechtstyp nach § 270 für erfüllt erklären können. Der Gesetzgeber macht nicht, wie es die Regel nach der objektiven Rechtswidrigkeitslehre ist, die Rechtswidrigkeit einer Handlung von äußerem Geschehen abhängig und bemißt nach der Einstellung des Täters nur dessen Schuld, hier bewertet der Gesetzgeber die Handlung schon nach der subjektiven Einstellung des Täters. Es ist also auch hier wieder vom Gesetzgeber in den Tatbestand ein subjektives Unrechtselement aufgenommen worden.

Auch die Bereicherungsabsicht und die Schädigungsabsicht in der schweren, mittelbaren Falschbeurkundung gemäß § 272 StGB. machen § 272 zu einem Erfolgsabsichtsdelikt mit dem Ergebnis, daß auch hier ein subjektives Unrechtselement aus dem nämlichen Grund wie in § 268 vorliegt.

Dasselbe können wir sagen für das Gebrauchmachen von einer Falschbeurkundung der in § 271 bezeichneten Art gemäß § 273 StGB., insofern als dieser Paragraph den Täuschungszweck verlangt. Auch diese Absicht macht das Delikt zu einem Erfolgsabsichtsdelikt und ist ein subjektives Unrechtselement.

§ 274 bestraft eine Urkundenunterdrückung oder eine Grenzverrückung, die in der Absicht geschieht, einem anderen Nachteil zuzufügen. Objektiv wird verlangt, daß eine Urkunde, die dem Täter überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehört, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt wird. Subjektiv wird neben dem Vorsatz die Schädigungsabsicht verlangt. Wenn diese Erfolgsabsicht unrechtsbedeutsam sein soll, muß sie das geschützte Rechtsgut beeinträchtigen. Schutzobjekt dieser Bestimmung ist nach der herrschenden Meinung [61]) nicht der Beweisschutz für Rechte oder Rechtsverhältnisse, wie ihn § 267 ausübt, der ja als Tatobjekt der Urkundenfälschung nur öffentliche Urkunden und beweiserhebliche Privaturkunden kennt, sondern, da § 274 Ziff. 1 nur von Urkunden schlechthin spricht, die Bewahrung eines anderen vor Urkundenunterdrückung, die ihm schaden könne. Die Erfolgsabsicht ist also für § 274 Ziff. 1 entscheidend für die Gefährdung des von ihm geschützten Rechtsguts und somit unrechtsrelevant. Das Nämliche gilt auch für § 274 Ziff. 2.

Die Erfolgsabsicht in der Vollstreckungsvereitelung gemäß § 288 StGB., „die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln“,

ist ein subjektives Unrechtselement. Diese Absicht ist Bedingung für den rechtsgutsbeeinträchtigenden Charakter der Handlung. Das objektiv verlangte Verhalten für sich allein kann nicht als rechtsgutsschädigend angesehen werden. Erst das Vorhandensein dieses subjektiven Moments, das ebenso als objektiv vorhanden hätte verlangt sein können, macht das Verhalten zu einem rechtswidrigen. Erst wenn das objektiv Verlangte getan wird mit der darüber hinausgehenden inneren Tendenz, wird die Handlung rechtswidrig. Daß als geschütztes Rechtsgut vor allem das Vermögen des Gläubigers anzusehen ist, sieht man schon daraus, daß § 288 Antragsdelikt ist. Erst die Erfolgsabsicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, macht das Verhalten des Täters zu einem das geschützte Rechtsgut schädigenden. Auch hier ist die Erfolgsabsicht wie bei allen bisher besprochenen Erfolgsabsichtsdelikten subjektives Unrechtselement, was auch Hegler annimmt.

Auch die Pfandkehr nach § 289 StGB. enthält in ihrer Erfolgsabsicht ein subjektives Unrechtselement. Erfolgsabsicht ist hier die „rechtswidrige Absicht", d. h. die Ausübung des Nießbrauchs, Pfandrechts und dergl. zu vereiteln. Geschütztes Rechtsgut ist hier das Besitzrecht des Betroffenen. Dieses Rechtsgut wird erst empfindlich getroffen durch diese Erfolgsabsicht, da es nur durch diese zu einer Besitzrechtsstörung kommt.

Ebenso muß man die Erfolgsabsicht in der Ausbeutung Minderjähriger nach § 301 StGB. charakterisieren. Zweck dieses Gesetzes ist der Schutz der Minderjährigen vor Ausbeutung. Die gewinnsüchtige Absicht beeindruckt die Rechtswidrigkeit der Handlung; denn erst diese macht die Handlung zu einer besonders gefährlichen für den Rechtsgüterschutz. Daß die Handlung so gefährlich wird, hängt mit der durch die gewinnsüchtige Absicht dokumentierten Gefährlichkeit dieses Tätertypus zusammen. Diese erhöhte Gefährlichkeit ist deshalb von Bedeutung für die Rechtswidrigkeit der Handlung, weil dieses Delikt kein Verletzungsdelikt, sondern ein Gefährdungsdelikt ist; denn das Gesetz verlangt keine tatsächlich eingetretene Vermögensbeschädigung beim Minderjährigen, sondern nur die Möglichkeit einer solchen.

Ebenso ist die gewinnsüchtige Absicht bei der schweren Ausbeutung Minderjähriger nach § 302 StGB. als subjektives Unrechtselement zu bezeichnen.

Auch die Erfolgsabsicht, die in der besonders schweren Brandstiftung nach § 307 in dessen Ziffer 3 enthalten ist, ist ein subjektives Unrechtselement. Die Brandstiftung wird dadurch zu einer besonders gemeingefährlichen und damit besonders rechtswidrigen Handlung, daß der Brandstifter in der Absicht, das Löschen des

Feuers zu verhindern, Löschgeräte entfernt. Hier könnte das Gesetz zur Tatbestandserfüllung verlangen, daß der Täter das Löschen des Feuers damit verhindert hat; er verlangt wieder nicht die Objektivierung dieses Teils der Handlung, sondern begnügt sich mit dem Vorliegen des subjektiven Elements im Täter. Zimmerl behauptet, es handle sich zwar bei diesen subjektiven Unrechtselementen um Unrechtselemente, aber sie seien nicht subjektiver Natur. Es komme hier lediglich darauf an, daß das objektiv geforderte Verhalten geeignet, d. h. also objektiv darauf gerichtet ist, den weiteren Erfolg herbeizuführen. Die hierin liegende Gefährlichkeit allein mache den rechtsgutsverletzenden Charakter des äußeren Verhaltens aus; auf die subjektive Einstellung des Täters könne es nicht ankommen. In manchen Fällen kann zwar das objektiv geforderte Verhalten durchaus objektiv geeignet sein, den weiteren Erfolg herbeizuführen. Diese Eignung ist tatsächlich ein objektives Unrechtselement, aber der Gesetzgeber stellt gar nicht auf dieses objektive Geeignetsein ab, sondern vielmehr auf die Absicht des Täters als Kriterium dafür, daß die Handlung besonders rechtsgutsgefährdend ist. Dies ergibt sich aus der Formulierung des Tatbestandes.[62]) Der Gesetzgeber verlangt in § 307 nicht, daß der Brandstifter Löschgeräte entfernt, sodaß dadurch das Löschen des Feuers verhindert wird, also die objektive Geeignetheit, sondern er verlangt dazu die Absicht des Täters, um das Löschen des Feuers zu verhindern. Dabei kann die Handlung des Täters objektiv ungeeignet sein, die Löschung zu verhindern, trotzdem ist § 307 Ziff. 3 erfüllt; umgekehrt kann die Handlung objektiv geeignet sein, die Löschung zu verhindern; ohne die Absicht des Täters wird der Unrechtscharakter des § 307 Ziff. 3 nicht erfüllt. Die Ansicht Zimmerls ist also abzulehnen, wie dies auch Hegler tut.

Auch in der aktiven Beamtenbestechung des § 333 StGB. ist die Erfolgsabsicht Bedingung für den rechtsgutsschädigenden Charakter der Handlung. Daß es hier nicht auf das objektive Geeignetsein der Handlung, sondern auf den Sinn der Handlung, den ihr der Täter beilegt, bei der Beurteilung des Unrechtscharakters ankommt, zeigen deutlich die Reichsgerichtsentscheidungen E. 19, 206 und E. 52, 234, die entscheiden, daß die Amtshandlung, zu der der Täter besticht, nicht in Wirklichkeit, sondern nur nach der Meinung des Täters noch bevorstehen muß. Die Erfolgsabsicht ist also wiederum ein subjektives Element, das für den Unrechtscharakter der Tat von Bedeutung ist.

Den nämlichen Charakter hat die Erfolgsabsicht in der aktiven Richterbestechung nach § 334 Absatz 2. Auch hier handelt es sich um ein subjektives Unrechtselement.

Auch die Erfolgsabsicht der Aussagenerpressung nach § 343, Geständnisse oder Aussagen zu erpressen, ist subjektives Unrechts-

element. Geschütztes Rechtsgut ist hier vor allem die Rechtssicherheit. Diese wird besonders stark angegriffen durch die Tendenz, in der der Täter handelt. Nach dem Tatbestand kommt es auf innere Momente im Täter an, gleichgültig, ob die Zwangsmittel zu diesem Zweck objektiv geeignet sind oder nicht; maßgebend ist, daß der Täter sie für geeignet gehalten hat. Es ist also ein subjektives Moment, das unrechtsbedeutsam ist, also ein subjektives Unrechtselement.

Ebenso war die Erfolgsabsicht bei der Begünstigung im Amt nach § 346 alter Fassung zu charakterisieren. Hier mußte der Täter die Handlung in der Absicht begehen, jemanden der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen. Nach dem Tatbestand des § 346 in der Fassung vom 24. November 1933 ist dies nicht mehr der Fall. Hier ist die Erfolgsabsicht objektiviert: „und wissentlich jemand der im Gesetz vorgesehenen Strafe ... entzieht".

Die Erfolgsabsicht in § 349 StGB., „sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem anderen Schaden zuzufügen", ist ebenso aufzufassen wie dieselben Tatbestandsmerkmale bei den von uns bereits besprochenen Delikten.

Wir haben gesehen, daß bei diesen Delikten, die Hegler mit Recht als Erfolgsabsichtsdelikte bezeichnet hat, nur in der Erfolgsabsicht subjektive Unrechtselemente gegeben sind. Der Gesetzgeber hat den Unrechtscharakter aller dieser Delikte auch nach inneren täterpsychischen Momenten gewertet, nicht nur nach der äußeren Handlung. Wir haben gesehen, daß es sich hier tatsächlich um subjektive Elemente, d. h. psychische und zwar täterpsychische Elemente gehandelt hat und daß diese Elemente nicht, wie in der Regel, nur Bedeutung für die Schuld haben, sondern es hat sich deutlich gezeigt, daß diese subjektiven Momente schon bei der Bewertung der Handlung als einer rechtswidrigen herangezogen werden müssen.

2. Nachaktsabsichtsdelikte. Unter Nachaktsabsichtsdelikten verstehen wir mit Hegler solche Delikte, bei denen das vom Deliktstatbestand geforderte äußere Verhalten vom Täter gewollt sein muß, um auf dieser Grundlage weitere Handlungen ausführen zu können. All diesen Delikten ist gemeinsam, daß hier die Tat gewollt sein muß als subjektives Mittel zu äußerem Handeln, sodaß man sie mit Recht zu einer Deliktsgruppe zusammenfassen kann. Diese Delikte enthalten subjektive Unrechtselemente, weil jeweils das objektive Verhalten einem bestimmten Wollen des Täters entsprungen sein muß; der Täter muß das äußere Verhalten gewollt haben als Mittel zu weiterem eigenen Handeln. Sonst ist der Deliktstatbestand nicht erfüllt. Der Unrechtscharakter all dieser Delikte hängt wie bei den Erfolgsabsichtsdelikten von der subjektiven Einstellung des Täters ab. Der Gesetzgeber hat sich auch hier wieder damit begnügt, daß

der erste Akt des Delikts tatsächlich begangen wird; er verlangt nun nicht mehr die Begehung auch des zweiten Akts des Delikts, sondern verlangt nur, daß der erste Akt begangen worden ist in der Absicht, den zweiten folgen zu lassen. Für den Unrechtscharakter verlangt der Gesetzgeber also erstens ein äußeres Geschehen und zweitens statt eines weiteren äußeren Geschehens ein subjektives Moment im Täter. So wird dieses subjektive täterpsychische Moment unrechtsrelevant. Daß dies bei allen Nachaktsabsichtsdelikten der Fall ist, zeigt uns eine Besprechung der einzelnen Paragraphen, die als Nachaktsabsichtsdelikte anzusprechen sind.

Der frühere § 83, der jetzige § 82 Absatz 1 nach dem Gesetz vom 24. April 1934, ist ein solches Nachaktsabsichtsdelikt. Es genügt beim hochverräterischen Komplott zur Erfüllung des Tatbestands nicht die Verwirklichung des objektiven Tatbestands durch den Täter; die Verabredung muß in der Absicht erfolgen, eine weitere Tätigkeit folgen zu lassen. Diese Absicht verlangt der Gesetzgeber von allen Verabredenden. Er verlangt nicht ein weiteres objektives Geschehen, sondern begnügt sich mit einem täterpsychischen Element, das dadurch unrechtsbedeutsam wird. Fehlt diese subjektive Einstellung im Täter, so fehlt ein Tatbestandselement des § 82 Absatz 1, das nötig ist, um den Unrechtscharakter dieses Delikts zu konstituieren. Stellt man wieder auf die Rechtswidrigkeit als Rechtsgutsbeeinträchtigung ab, so ersieht man, daß die Rechtswidrigkeit der Handlung von diesem subjektiven Moment abhängig ist; denn diese Absicht macht die eigentliche Gefährlichkeit und Sozialschädlichkeit des objektiv geforderten Verhaltens aus.[63]) Wir haben hier ein typisches Nachaktsabsichtsdelikt. Der Gesetzgeber verlangt nur die objektive Erfüllung des ersten Deliktsabschnitts, beim zweiten Deliktsabschnitt begnügt er sich mit der subjektiven Einstellung des Täters, dessen Absicht, diesen begehen zu wollen. Der Gesetzgeber wartet die Objektivierung dieses Abschnittes nicht ab. Er stellt die subjektive Einstellung des Täters gleich dem tatsächlich verwirklichten ersten Handlungsabschnitt, beide sind also gleichermaßen unrechtsbedeutsame Tatbestandselemente. Infolge der Gefährlichkeit der psychischen Einstellung des Täters genügen subjektive Momente statt objektiver Handlung als Unrechtselemente. Hier ist also ein subjektives Unrechtselement gegeben. Wir sehen auch den Sinn, den dieses Auftauchen subjektiver Unrechtselemente im Deliktstatbestand des früheren § 83 wie des jetzigen § 82 Absatz 1 hat. Diese Existenz von subjektiven Unrechtselementen im Gesetz hat gerade hier seinen tiefen und wohlberechtigten Sinn. Das Strafgesetz soll Schutz sein für das Volk wie für den Einzelnen, für die Rechtsgesamtheit und deren Interessen wie für den einzelnen Rechtsgenossen und dessen berechtigte Interessen. Diesen Schutz kann das Strafgesetz im all-

gemeinen wohl so erfüllen, daß es zur Rechtswidrigkeitserklärung einer Handlung auf die objektiven Geschehnisse abstellt. Mitunter muß das Gesetz, um seinem Zweck gerecht zu werden, nicht erst auf die Objektivierung des Täterwillens abstellen, sondern muß auch täterpsychische Momente für unrechtsrelevant ansehen. Gerade bei den Hoch- und Landesverratsdelikten ist dies dienlich, um den Zweck des Strafgesetzes, das doch Schutzgesetz ist, zu erfüllen. Es kann hier gar nicht die Objektivierung der Absicht des Täters abgewartet werden. Hat der Täter den ersten Akt, der objektiviert sein muß, erfüllt, so hat er eine rechtswidrige Handlung begangen bei Vorliegen der Absicht, weiter handeln zu wollen. Es ist zu einer Gefährdung desjenigen Rechtsguts gekommen, das der Paragraph schützen will. Will das Strafgesetz seinen Zweck erfüllen, dann muß bereits jetzt seine Wirkung einsetzen. Stellt man auf den Zweck des Gesetzes ab, auf den es doch letzten Endes ankommt, so ergibt sich klar die Existenz subjektiver Unrechtselemente und das Begründetsein ihrer Existenz. Nicht bei allen Deliktstatbeständen ist dies nötig, nur bei einigen. Diese Stellen im StGB. enthalten dann subjektive Unrechtselemente. Stellt man auf den Strafzweck ab, und das kann man nur, wenn man das geschützte Rechtsgut berücksichtigt, so kann man diese Stellen herausfinden. Dann sieht man auch, daß dieses Auftauchen subjektiver Unrechtselemente im StGB. nicht willkürlich ist und auch nicht willkürlich angenommen wird. Gerade die Hochverratsdelikte zeigen uns dies deutlich. Die Gefährlichkeit hochverräterischer Unternehmungen zwingt den Gesetzgeber zu diesem Mittel.

Nachaktsabsichtsdelikt mit subjektivem Unrechtselement ist auch die hochverräterische Konspiration nach dem § 82 Absatz 2, der dem früheren § 84 entspricht. Auch in den sonstigen Vorbereitungshandlungen zum Hochverrat nach § 83, Absatz 2 und 3, Ziff. 1—4 (etwa dem alten § 86 entsprechend) erhält jeweils die objektive Handlung ihren Sinn und ihren rechtsgutsgefährdenden Charakter erst durch die besondere Tendenz des Täters.

Subjektive Unrechtselemente derselben Art enthalten auch die Landesverratsdelikte in der Form des Gesetzes vom 24. April 1934 und zwar § 89 in Verbindung mit § 88 Absatz 2 (Verrat eines Staatsgeheimnisses), § 90 (Ausspähung eines Staatsgeheimnisses), § 90a (Verrat durch gefälschte Schriften und dergl.) sowie der § 91 (schwere landesverräterische Konspiration) und § 92 (landesverräterische Verabredung).

Außer den typischen Nachaktsabsichtsdelikten des Hoch- und Landesverrats, bei denen die Berechtigung subjektiver Unrechtselemente besonders einleuchtend war, ist ein weiteres Nachaktsabsichtsdelikt der schwere Hausfriedensbruch nach § 124 StGB. Auch hier hält der Gesetzgeber das psychische Moment im Täter, die

Absicht, Gewalttätigkeiten usw. zu begehen, für genügend zur Erfüllung des Tatbestands. Den ersten Akt des Delikts, die Zusammenrottung, verlangt er tatsächlich, den zweiten Akt, die Begehung von Gewalttätigkeiten, verlangt er nicht tatsächlich, sondern begnügt sich mit der Absicht. Das Handeln im ersten Akt ist objektives Unrechtselement, im zweiten Akt tritt statt des objektiven ein subjektives Unrechtselement auf. Durch das Vorliegen einer solchen Absicht wird eine derartige Gefährdung des geschützten Rechtsguts herbeigeführt, daß damit der Unrechtscharakter der Handlung ohne weitere Objektivierung sich erfüllt hat. § 124 ist ein Gefährdungsdelikt.

Nachaktsabsichtsdelikt ist weiterhin die Falschmünzerei und Münzverfälschung des § 146. Die Absicht, falsches Geld in Verkehr zu bringen, stellt eine derart hohe Rechtsgutsgefährdung dar, daß der Gesetzgeber nicht mehr mit der Bestrafung warten kann, bis diese Absicht tatsächlich erfüllt wird. Ist das Geld nachgemacht und besteht diese Absicht, so ist der Unrechtscharakter der Handlung konstituiert. Auch hier wieder enthält der Tatbestand ein objektives Unrechtselement und statt des zweiten objektiven ein subjektives Unrechtselement, das in der Psyche des Täters gegeben sein muß. Auch hier sieht man die Existenz eines subjektiven Unrechtselements begründet durch den Zweck des Strafgesetzes. Auch die Münzdelikte — subjektive Unrechtselemente enthalten auch die Verbreitung von Falschgeld gemäß § 147 mit ihrem „aus dem Ausland einführen zum Zwecke der Verbreitung" und die Vorbereitungsvergehen, die § 151 besonders unter Strafe stellt, mit seinem „zum Zwecke eines Münzverbrechens" — stellen wie Hoch- und Landesverrat derart gefährliche Angriffe auf Rechtsgüter dar, die der Gesetzgeber besonders schützen will; daß dieser Schutz wirksam gestaltet werden muß, soll er seinen Zweck erfüllen. Diese Wirksamkeit wird durch die subjektiven Unrechtselemente ermöglicht. Wenn Zimmerl[61]) gerade bei den Münzdelikten die überschießende Absicht objektivieren will, so entspricht dies weder dem Wortlaut noch dem Sinn des Gesetzes. Zimmerl meint, es käme nicht auf die Absicht des Täters an, sondern auf die objektive Tendenz der Handlung, für welche erstere nur als Indiz betrachtet werden kann. Das kann man dem gesetzlichen Tatbestand nicht entnehmen; denn nicht nur Indiz, sondern ausschlaggebend für die Rechtswidrigkeit der Handlung ist die Nachaktsabsicht des Täters. Es kommt hier nicht auf die objektive Tendenz der Handlung, sondern auf die subjektive Tendenz des Täters an; denn diese ist entscheidend für die Gefährlichkeit der Handlung für die geschützten Rechtsgüter, die staatliche Münzhoheit wie die Sicherheit des Zahlungsverkehrs, wie überhaupt die Sicherheit des Rechtslebens des Volkes, das erschüttert wird, wenn das Vertrauen des Volkes in die Echtheit der öffentlichen Zahlungs-

mittel leidet. All diese Gefährdungen treten erst mit dem Bestehen dieser Absicht auf; denn die Gefährdung wird erst dadurch akut. Dieser Gefährdung will der Gesetzgeber entgegentreten. Er hätte auch nur die Verletzung der geschützten Rechtsgüter bestrafen können, dann hätte es keiner subjektiven Unrechtselemente bedurft. Aber ihm erschien schon eine Gefährdung für strafwürdig und damit ein täterpsychisches Moment für unrechtsrelevant. Dies ist also der Grund für das Mitberücksichtigen subjektiver Elemente zur Rechtswidrigkeitserklärung in den §§ 146, 147, 151.

Die Verbreitung unzüchtiger Werke nach § 184 Abs. 1 Ziff. 1 enthält in ihrer Nachaktsabsicht ein subjektives Unrechtselement insoweit, als hier das Herstellen oder Vorrätighalten, Ankündigen oder Anpreisen „zum Zwecke der Verbreitung" verlangt wird. Auch hier verlangt das Gesetz neben dem objektiven Akt der Herstellung nicht den objektiven Akt der Verbreitung, sondern begnügt sich mit der Verbreitungsabsicht; das Gesetz sieht auch hier schon in dieser Absicht eine solche Gefährdung des geschützten Rechtsguts, der Sittlichkeit, daß damit der Unrechtscharakter dieses Delikts, das Gefährdungsdelikt ist, bereits erfüllt wird.

Hegler [65]) bezeichnet die Herausforderung mit Tötungsabsicht nach § 202 StGB. als Erfolgsabsichtsdelikt. Stellt man darauf ab, daß es von der Absicht des Duellanten abhängt, ob § 202 an Stelle des § 201 (Herausforderung zum Zweikampf) zur Anwendung gelangt, dann hätten wir wiederum ein Nachaktsabsichtsdelikt und kein Erfolgsabsichtsdelikt, da ja hier der Täter das objektiv geforderte Verhalten als Mittel zur Vornahmemöglichkeit einer weiteren Handlung, nämlich der Tötung, benutzen will und nicht abwartet, ob der Erfolg ohne sein weiteres Zutun eintritt. Nach der Formulierung von § 202 kommt es doch gar nicht auf das Vorhandensein der Tötungsabsicht an, sondern darauf, daß diese entweder ausgesprochen ist oder aus der gewählten Art des Zweikampfs erhellt. Es handelt sich also um kein subjektives, sondern ein objektives Moment.

Auch beim Menschenraub nach § 234, dem Kinderraub nach § 235 Abs. 3, der Entführung wider Willen der Entführten nach § 236 und der Entführung einer Minderjährigen nach § 237 StGB. ist die Nachaktsabsicht subjektives Unrechtselement. § 234 verlangt zur Tatbestandserfüllung erstens das objektive Unrechtselement, daß sich der Täter eines Menschen durch List, Drohung oder Gewalt bemächtigt, und als Zweites ein subjektives Unrechtselement, daß er dies in der Absicht tut, um den Geraubten in hilfloser Lage auszusetzen oder ihn in Sklaverei zu bringen. Erst das zweite subjektive Moment neben dem objektiven konstituiert den derartig rechtswidrigen

Charakter dieses Delikts. Erst durch diese Absicht des Täters wird das Delikt zu einer derartigen Gefährdung des hier geschützten Rechtsguts, der persönlichen Freiheit; denn mit ziemlicher Bestimmtheit kann man annehmen, daß gerade durch diese Absicht die objektiv verlangte Freiheitsberaubung zu einem Dauerzustand unter besonders bedrückenden Bedingungen wird.

Ebenso verhält es sich bei § 235 Abs. 3. Die Absicht des Täters, die betroffene Person zum Betteln usw. zu gebrauchen, beeindruckt den Unwertscharakter der Tat stark, sodaß auch hier wieder dieses subjektive Element Unrechtselement ist.

§ 236 schützt vor allem die geschlechtliche Freiheit der Frauenspersonen. Auch hier ist wieder die Absicht des Täters, die Entführte zur Unzucht zu bringen, unrechtsrelevant. Ohne diese Absicht stellt sich die Handlung des Täters nicht als gleich starker und gefährlicher Angriff auf die geschlechtliche Freiheit der weiblichen Person dar. Als Verstoß gegen die geschlechtliche Freiheit gilt auch die Absicht des Täters, die Entführte zur Ehe zu bringen. Wenn die Ehe an sich auch kein Uebel ist, das der Gesetzgeber verhindern will, so will der Gesetzgeber doch den Angriff auf die geschlechtliche Freiheit unterbinden, der auch dann vorliegt, wenn die Entführung zu diesem Zweck stattfindet. In gleicher Weise können wir die Nachaktsabsicht in § 237 als subjektives Unrechtselement bezeichnen.

Nachaktsabsichtsdelikt ist weiterhin der Diebstahl nach § 242. Daß hier die Absicht rechtswidriger Zueignung subjektives Unrechtselement ist, muß man mit Hegler, Mezger und Liszt-Schmidt bejahen.[66]) Der Tatbestand besteht hier wie bei allen bisher besprochenen Nachaktsabsichtsdelikten aus zwei Akten, wovon der erste, die Wegnahme, objektiv verlangt wird, während es beim zweiten Akt nur auf den inneren Tatbestand ankommt, auf die Absicht des Täters, das Gestohlene sich rechtswidrig zuzueignen. Diese Zueignungsabsicht ist unrechtsbedeutsam. Das von § 242 geschützte Rechtsgut ist der Besitz. Dieser wird durch die Zueignungsabsicht besonders stark verletzt. Die Gefahr, daß der Besitzer durch die Wegnahme der Sache dieser dauernd verlustig wird, wird erst durch diese Absicht des Täters manifest. Diese ist also unrechtsbedeutsam. Der Unrechtscharakter des Diebstahls wird durch das objektive Tatbestandsmerkmal der Wegnahme und das subjektive Tatbestandsmerkmal der Zueignungsabsicht gebildet. Beim Wegfall des einen gleich wie des anderen entfällt auch der Unrechtscharakter. Beim Wegfall der Zueignungsabsicht handelt es sich nicht mehr um einen Diebstahl, es kann dann z. B. ein furtum usus sein.

Dasselbe subjektive Unrechtselement enthalten der Raub nach § 249 und der schwere Raub nach § 250 mit ihrer Zueignungsabsicht.

Auch der Versicherungsbetrug des § 265 ist Nachaktsabsichtsdelikt und enthält ein subjektives Unrechtselement in seiner betrügerischen Absicht. Erst die betrügerische Absicht macht die Handlung zu einer rechtsgutsbeeinträchtigenden. Geschütztes Rechtsgut ist hier vor allem das Vermögen der Feuer- und Seeversicherungsgesellschaften, das durch diese Betrugsabsicht aufs schärfste gefährdet wird. Eine rechtswidrige Handlung nach § 265 begeht nicht derjenige, der gegen Feuersgefahr versicherte eigene Möbelstücke im Herd verbrennt, weil sie schadhaft sind. Das subjektive täterpsychische Element ist also Unrechtselement.

Die einfache Urkundenfälschung nach § 267 enthält in ihren Tatbestandselementen „rechtswidrige Absicht“ und „Zum Zwecke einer Täuschung“ zwei täterpsychische Momente, die von Bedeutung für den rechtswidrigen Charakter der Handlung sind. Geschütztes Rechtsgut ist die Sicherheit des urkundlichen Rechtsverkehrs. Erst der Täuschungszweck, verbunden mit der rechtswidrigen Absicht, stören diese in erheblichem Maße, beeinflussen also den Gefährdungscharakter dieses Delikts, das auch wiederum Gefährdungsdelikt ist. Hegler [67]) zählt dieses Delikt zu den Erfolgsabsichtsdelikten, während wir es eher den Nachaktsabsichtsdelikten zurechnen möchten. Der Täter möchte doch diese seine Absicht später selber verwirklichen und verläßt sich doch nicht darauf, daß dieser Erfolg von selbst eintritt. Ob dieses Delikt als Erfolgsabsichtsdelikt oder als Nachaktsabsichtsdelikt bezeichnet wird, spielt für den Charakter der subjektiven Elemente als Unrechtselemente keine Rolle. Wir haben ja auch bei unserer Untersuchung diese Unterscheidung nur aus formalen Gründen — um eine bessere Uebersicht über die Delikte mit subjektiven Unrechtselementen zu bekommen — durchgeführt.

Ein subjektives Unrechtselement enthält auch die Wertzeichenfälschung nach § 275 in den Ziffern 2 und 3 durch die Absicht des Täters, das unechte selbst angefertigte Stempelpapier und dergl. als echtes zu verwenden, bzw. die Absicht, echtes, von ihm jedoch verfälschtes Stempelpapier zu einem höheren Werte zu verwenden. Diese Absicht ist in gleicher Weise zu charakterisieren wie bei den bereits besprochenen Nachaktsabsichtsdelikten. Auch hier benutzt der Gesetzgeber ein subjektives Moment statt eines weiteren objektiven zur Unrechtsverwirklichung.

Auch die besonders schwere Brandstiftung nach § 307 Ziffer 2 ist ein Nachaktsabsichtsdelikt mit subjektiven Unrechtselementen. Die Absicht des Täters, seine eigene Brandstiftung dazu zu benutzen, um unter Begünstigung derselben Mord oder Raub zu begehen oder einen Aufruhr zu erregen, erschwert den Unrechtscharakter der Brandstiftung. Diese seine Nachaktsabsicht ist allein bedeutsam für die

erhöhte Rechtswidrigkeit der Handlung. Die äußere Handlung ist ja dieselbe geblieben, nur das subjektive Moment, das hinzukommt, macht die Handlung zu einer überaus rechtswidrigen.

Wir haben gesehen, daß bei allen besprochenen Nachaktsabsichtsdelikten ein subjektives Unrechtselement vorliegt. Dies ist bedingt durch den Aufbau dieser Deliktsgruppe, die Binding mit Recht als verkümmert zweiaktige Delikte bezeichnet hat. Der erste Akt muß objektiviert sein; der zweite Akt braucht nur in der Psyche des Täters vorliegen. Der Gesetzgeber hat damit subjektive Unrechtselemente geschaffen und deren Existenz hat sich auch als begründet gezeigt. Der Rechtsschutz kann durch das Vorhandensein dieser subjektiven Unrechtselemente besser gewährleistet werden, als wenn der Gesetzgeber nur auf objektive Unrechtselemente zur Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Handlung aufbauen kann. Bei Nachaktsabsichtsdelikten und Erfolgsabsichtsdelikten sahen wir, daß die Erscheinung der subjektiven Unrechtselemente nicht rein zufällig ist, sondern ihre besondere Bedeutung hat.

3. Versuchsdelikte. Auch bei den von Binding so genannten reinen Versuchsdelikten treten subjektive Unrechtselemente auf. Allen diesen Delikten ist gemeinsam der Begriff „Unternehmen". Während der frühere § 82 den Begriff Unternehmen nur für die Hochverratsdelikte definierte, gilt die Definition nach dem neuen § 87, der als Unternehmen die Vollendung und den Versuch bezeichnet, für das ganze StGB. Bei den Versuchsdelikten wird also zwischen Versuch und Vollendung nicht unterschieden. Wer es z. B. unternimmt, den Reichskanzler seiner verfassungsmäßigen Gewalt zu berauben (§ 81), hat vom ersten Augenblick des Versuchs an alles getan, was das Gesetz für die Verhängung seiner Strafe verlangt. Einen Versuch dieses Unternehmens von dem Unternehmen selbst abzugrenzen, erscheint unmöglich. Es gibt hier also auch keinen straflosen Rücktritt gemäß § 46 StGB. nach der herrschenden Lehre,[68]) im Gegensatz zu den Erfolgsabsichtsdelikten und Nachaktsabsichtsdelikten, bei denen sich der Versuch des gesetzlichen Tatbestandes von dessen formaler Vollendung noch scharf unterscheiden läßt. Die reinen Versuchsdelikte müssen also schon aus diesem Grunde von den Erfolgsabsichtsdelikten geschieden werden und es geht daher nicht an, wie Hegler es tut, sie den Erfolgsabsichtsdelikten gänzlich einzuordnen. Für den Begriff „Unternehmen" ist typisch, daß der Täter etwas Unbestimmtes tut, um etwas Bestimmtes herbeizuführen, während er bei den Erfolgs- und Nachaktsabsichtsdelikten etwas Bestimmtes tut, damit etwas Unbestimmtes eintritt bzw. von ihm herbeigeführt werden kann. Der Unwertscharakter der Unternehmungsdelikte liegt nicht in dem, was der Täter getan hat, sondern

darin, daß er etwas in einer bestimmten Absicht getan hat.[68a]) Die Erfolgsverwirklichung an sich ist nicht maßgebend für den Unrechtscharakter, sondern der darüber hinausschießende Wille. Daß es dem Gesetzgeber gar nicht auf die tatsächliche Erfolgsverwirklichung ankommt, sondern auf das täterpsychische Element, sieht man daran, daß er gleich bestraft, ob Versuch oder Vollendung vorliegt. Wir sehen also, daß die Unternehmungsdelikte immer subjektive Unrechtselemente enthalten. Ein Unternehmungsdelikt ohne subjektive Unrechtselemente wäre ein ungeeigneter Straftatbestand, weil ja dann der Bewertungsfaktor für die Rechtswidrigkeit fehlen würde; denn beim Unternehmen ist dieser ja gerade nicht in der äußeren Handlung, sondern vor allem in der extensivierten Willenstendenz zu finden. Da es nun bei allen Versuchsdelikten für unsere Untersuchung lediglich auf den Begriff Unternehmen ankommt, während ein Eingehen auf den übrigen Tatbestand dafür unwesentlich ist, erübrigt es sich, die Versuchsdelikte im einzelnen zu besprechen. Wir wollen uns daher mit einer bloßen Aufzählung derjenigen Delikte begnügen, die wir als Versuchsdelikte bezeichnen können, da in ihnen der Begriff Unternehmen enthalten ist. Versuchsdelikte sind: Unternehmen gegen das Reichsgebiet nach § 80 Abs. 1, gegen die Reichsverfassung nach § 80 Abs. 2 und gegen die Reichsregierung nach § 81; der Verrat eines Staatsgeheimnisses nach § 89, die Ausspähung eines Staatsgeheimnisses nach § 90, die Preisgabe von Staatsgeheimnissen nach § 90 d, die Fälschung von Beweismitteln nach § 90 h, die Sprengung gesetzgebender Versammlungen nach § 105, die Beamtennötigung nach § 114, die Gefangenenmeuterei nach § 122 Abs. 1, dritte Alternative und die Konnivenz nach § 357. Von Unternehmen sprechen auch die §§ 82 Abs. 1 (hochverräterische Verabredung), 82 Abs. 2 (hochverräterische Konspiration), 83 Abs. 1 (Aufforderung zum Hochverrat) und 83 Abs. 2 (sonstige Vorbereitungshandlungen zum Hochverrat), die insoweit ebenfalls als Versuchsdelikte zu bezeichnen sind.

Zu den reinen Versuchsdelikten gehört seiner Natur nach auch der Versuch nach § 43, mit dem das Gesetz den Versuch eines Delikts schon für strafbar erklärt. Alle Verbrechensarten können in der Form des Versuchs zu Delikten mit überschießender Innentendenz werden. Die psychische Seite der Versuchshandlung ragt immer über die äußere hinaus. Das Erfordernis des überschießenden Vollendungsentschlusses bedeutet, daß hier der Gesetzgeber wieder ein subjektives Unrechtselement zur Klärung des Unwertscharakters einer Handlung heranzieht.

Wir haben gesehen, daß bei der Deliktsgruppe mit überschießender Innentendenz diese ein subjektives Unrechtselement bildet. Erst wenn man zum objektiven Unrechtselement, der äußeren Tat-

bestandserfüllung, das subjektive Unrechtselement, die darüber hinausreichende Tendenz des Täters, hinzurechnet, kann man den Unrechtscharakter einer Handlung bewerten. Man muß also diese täterpsychischen Momente schon zur Bewertung einer Handlung als einer rechtswidrigen heranziehen; sie haben nicht erst Bedeutung, wenn man die Vorwerfbarkeit der Handlung untersucht.

II. Delikte mit intensivierter Innentendenz.

Bei der bisher besprochenen extensivierten Innentendenz handelt es sich um eine quantitative Abweichung vom Grundtypus des Vorsatzes. Diese Tendenz, die über den Vorsatz, der nur für die Schuldfrage eine Rolle spielt, hinausreicht, war hier von Bedeutung für die Rechtswidrigkeit. Bei der intensivierten Innentendenz handelt es sich um ein qualitatives Abweichen vom Grundtypus des Vorsatzes. Der Gesetzgeber verlangt zur Erfüllung dieses Tatbestandes kein Mehr an Willenstendenz gegenüber der tatsächlich erfolgten Außenwirkung, sondern eine besonders verstärkte Tendenz. Diese intensivierte Tendenz kann einmal durch rein qualitative Willensintensivierung hervorgerufen werden, dann haben wir Dispositionsdelikte vor uns, oder durch kumulative Willensintensivierung, dann bezeichnen wir sie als Konstitutionsdelikte.

1. Konstitutionsdelikte. Kumulative Willensintensivierung enthalten die Tatbestände der Deliktstypen, die das Merkmal der „Gewohnheitsmäßigkeit“, „Gewerbsmäßigkeit“ oder der „Geschäftsmäßigkeit“ aufweisen. Dabei ist Gewohnheitsmäßigkeit der durch wiederholte Begehung einer bestimmten Handlung hervorgerufene Hang zu deren weiterer Begehung. Gewerbsmäßigkeit verlangt die Absicht des Täters, sich durch wiederholte Begehung dieses Verbrechens eine Einnahmequelle zu verschaffen. Geschäftsmäßigkeit verlangt einen auf Wiederholung gerichteten Entschluß in der Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen.[69]) Die erhöhte Strafwürdigkeit aller dieser Konstitutionsdelikte kommt aus einem inneren Moment der Handlung, also einem subjektiven Element. Dabei wird dieses subjektive Element nicht nur unter dem Gesichtspunkt der erhöhten Vorwerfbarkeit, also als erhöhte Schuld berücksichtigt, sondern der Unwertscharakter der Handlung richtet sich auch nach dem Vorhandensein dieses subjektiven Moments. Die Anhänger der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen verneinen im allgemeinen mit Ausnahme Mezgers[70]) den Charakter der Gewerbs-, Gewohnheits- und Geschäftsmäßigkeit als subjektives Unrechtselement. Hegler[71]) steht auf diesem Standpunkt, weil „die Sozialschädlich-

keit der Tat durch Vorliegen dieser Momente nicht bedingt noch gesteigert wird". Dem können wir uns nicht anschließen; wir folgen vielmehr der Ansicht Mezgers, welcher behauptet, „jene subjektiven Merkmale bestimmen also die besondere Gefährlichkeit der Tat und damit das besondere „Unrecht" des besonderen strafrechtlichen Tatbestandes". Der Täter wird doch dadurch zu einem besonders gefährlichen und diese besondere Gefährlichkeit des Täters macht die Tat zu einer gefährlicheren für das geschützte Rechtsgut. Konstitutionsdelikte sind Delikte mit sozial besonders gefährlicher Begehungsform.

Für die zweite Alternative der Münzverringerung nach § 150 Absatz 1 ist die Gewohnheitsmäßigkeit Grundbedingung für die Sozialschädlichkeit und damit den Unwertscharakter der Handlung. Nur wer verringerte Münzen gewohnheitsmäßig als vollgültige in Verkehr bringt, wird bestraft.

Die Kuppelei des § 180 liegt erst vor bei Gewohnheitsmäßigkeit, also hier ist die intensivierte Willenstendenz Grundbedingung für diesen Unrechtscharakter der Handlung.[71a])

Ebenso ist es bei der einen Alternative der Zuhälterei nach § 181 a, die Gewohnheitsmäßigkeit verlangt.

Bei der gewerbsmäßigen Hehlerei nach § 260 steigert die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit die Sozialschädlichkeit der Handlung in solch hohem Grad, daß statt auf Gefängnis auf Zuchthaus erkannt wird. Die gewerbsmäßige Hehlerei hat einen ganz anderen Unrechtscharakter als die einfache. Es ist nicht nur ein Schuldsteigerungsgrund, sondern ein Element, das die Sozialschädlichkeit der Handlung grundlegend ändert. Schon der Unrechtscharakter der Handlung ändert sich durch dieses Element, nicht erst der Schuldcharakter des Täters. Diese täterpsychischen Elemente können nicht erst berücksichtigt werden bei der Schuldfrage. Die Frage nach dem Unwertscharakter der Handlung kann hier erst beantwortet werden nach Untersuchung der Täterpsyche und deren Würdigung. Die Sozialschädlichkeit der Handlung wird dadurch erst zu einer derartigen, daß die Strafdrohung des § 260 begründet ist. Auch das gewerbsmäßige Glückspiel gemäß § 285 enthält in seinem Tatbestand, der verlangt, daß der Täter aus dem Glückspiel ein Gewerbe macht, ein derartiges subjektives Unrechtselement, da auch dieses Moment von Bedeutung ist für die Sozialschädlichkeit des Delikts.

Im Jagdfrevel nach § 292 Absatz 3 und in der Verletzung fremden Fischereirechts nach § 293 Absatz 3 ist die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit der Handlung subjektives Unrechtselement, das den Unrechtscharakter der Handlung steigert, da die Sozialschädlichkeit der Handlung durch dieses Element wesentlich gesteigert wird. Die Rechtsgutsverletzung bleibt zwar in beiden Fällen die

gleiche wie ohne die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit, aber diese Elemente haben doch Einfluß auf die Sozialschädlichkeit der Handlung, da ihr Auftreten eine größere Gefährdung der geschützten Rechtsgüter mit sich bringt.

Die Gewerbsmäßigkeit beim Kreditwucher nach § 302 d und beim Sachwucher nach § 302 e ist wieder unrechtssteigerndes Element, also subjektives Unrechtselement.

Ob dieses subjektive Moment vorhanden ist oder nicht, beeinflußt das rechtsgutsgefährdende Wesen der einzelnen Tat. Die intensivierte Willenstendenz, die sich in den Konstitutionsdelikten gezeigt hat, ist von Einfluß auf den Unwertscharakter der jeweiligen Handlung. Wir müssen also mit Mezger gegen Hegler und Zimmerl dieses subjektive Element als Unrechtselement bezeichnen.

2. Dispositionsdelikte. Bei den Dispositionsdelikten handelt es sich nicht um kumulative, sondern um rein qualitative Willensintensivierung. Die Dispositionsdelikte verlangen eine spezifische psychische Intensivierung im Vorstellungsbereich oder im Gefühlsleben des Täters. Dispositionsdelikte sind danach die Delikte, deren Tatbestand Merkmale verlangt wie: „aus Eigennutz", „arglistig", „hinterlistig", „böswillig". Diese qualitative Willensintensivierung benutzt der Gesetzgeber schon zur Bewertung der Handlung als einer im bestimmten Maß rechtswidrigen und nicht erst für die Bestimmbarkeit der Handlung als einer solchen, die dem Täter in diesem bestimmten Maße vorzuwerfen ist. Der Unwertscharakter der Handlung wird beeinflußt von diesem täterpsychischen Moment. Eine Handlung, die das Produkt einer derart intensivierten Willenstendenz ist, hat schon bei objektiver Betrachtung einen anderen Unwertscharakter wie eine Handlung, die nicht einer solchen entsprungen ist. Daß das subjektive Element daneben auch noch benutzt werden kann bei der Bestimmung der Handlung als einer besonders vorwerfbaren, schließt den Charakter dieses subjektiven Elements als Unrechtselement nicht aus. Dieses subjektive Element hat dann eben, vorausgesetzt, daß es für die Schuld ebenfalls Bedeutung hat, doppelten Charakter. Es ist zuerst unrechtsbedeutsam und dann weiterhin schuldbedeutsam. Es muß in Betracht gezogen werden erstens, wenn das Recht als Bewertungsnorm die Tat als eine solche von bestimmtem Unwertscharakter darstellt, zweitens, wenn das Recht als Bestimmungsnorm die Tat als eine dem Täter in bestimmtem Maße vorwerfbare herausstellt. Eine Handlung, die aus Eigennutz, arglistig, hinterlistig oder böswillig begangen worden ist, hat objektiv betrachtet, also ohne die besondere Vorwerfbarkeit dieser Handlung dem Täter gegenüber in Betracht zu ziehen, einen anderen Unwertscharakter wie eine Handlung ohne diese Tendenz.

Wenn die Kuppelei nach § 180 als alternatives Tatbestandselement das Handeln „aus Eigennutz" verlangt, so ist dies ebenso wie das „gewohnheitsmäßig" bei den Konstitutionsdelikten ein subjektives Unrechtselement. Erst dann wird der Unrechtsgehalt dieses Teils des § 180 erfüllt, wenn das Handeln aus Eigennutz geschieht. Entfällt dieses psychische Element, so liegt bezüglich dieser Alternative keine Kuppelei vor. Um ein den objektiven Voraussetzungen des § 180 genügendes Verhalten als Kuppelei bewerten zu können, muß dieses subjektive Element „Eigennutz" vorliegen. Es ist dies kein Merkmal, das etwa nur die Schuld erschwert, sondern ein notwendiges Element der Rechtswidrigkeit. Das subjektive Element „aus Eigennutz" bei der Zuhälterei nach § 181 a ist in der gleichen Weise zu beurteilen und daher vom nämlichen Unwertscharakter.

Ebenso verhält es sich, wenn in der Untreue nach § 266, Abs. 2, Satz 2, in der Fassung vom 26. Mai 1933 als Alternativgrund „besonders arglistiges Verhalten" des Täters verlangt wird. Dieses Element ist nicht nur bedeutsam für den Schuldcharakter, sondern auch für den besonderen Unwertscharakter der Handlung, der sich aus einem solchen täterpsychischen Verhalten ergibt; denn die in diesem Falle betonte antisoziale Gesinnung des Täters wirkt auch auf den Charakter der Tat.

Gleich notwendiger Bestandteil der Rechtswidrigkeit ist das täterpsychische Element „hinterlistig" in der gefährlichen Körperverletzung nach § 223 a und „böswillig" in der Mißhandlung Abhängiger nach § 223 b, in der Verletzung fremder Hoheitszeichen nach § 103 a und in der Verletzung deutscher Hoheitszeichen nach § 135.

All diese subjektiven Elemente im Tatbestand stempeln diese Delikte zu Dispositionsdelikten. Grund für den besonderen Unwertscharakter der Handlung ist die intensivierte Willenstendenz des Täters, die genau wie die überschießende Innentendenz eine Besonderheit über den Vorsatz hinaus darstellt, nicht mit dieser identisch ist. Dies sah man besonders deutlich bei der extensivierten Willenstendenz, die ja ein starkes Mehr gegenüber dem Vorsatz verlangte, sieht man aber auch bei den Dispositionsdelikten, die eine besonders betonte Tendenz, die auch mehr ist wie der einfache Vorsatz, verlangen.

Nicht um Dispositionsdelikte mit subjektiven Unrechtselementen handelt es sich bei der Notentwendung nach § 248 a und dem Notbetrug nach § 264 a, bei denen das Gesetz ein Handeln aus Not verlangt. Hier wird nicht ein Mehr gegenüber dem Vorsatz verlangt. „Aus Not" ist nur entscheidend als Motiv, also nur für den Vorsatz, nicht der Zweck wird dadurch bestimmt. Stellt das Gesetz auf einen besonderen Zweck ab, so wird mehr verlangt als der einfache Vorsatz. Hier ist aber der Zweck nicht in den Tatbestand aufgenommen,

sondern nur das Motiv besonders erwähnt als Schuldmilderungsgrund, da der Vorsatz bedingt wurde durch Not. Aber wo es sich nur um das vorsätzliche Tun des tatbestandsmäßigen Verhaltens handelt, handelt es sich nur um Schuldmerkmale. Das Gesetz in seiner Funktion als Bestimmungsnorm findet ein Verhalten, dessen vorsätzliches Tun aus Not bestimmt wurde, weniger vorwerfbar als ein Verhalten aus anderen Motiven. Es handelt sich hier nur um ein einfaches Wollen der äußeren Handlung. Es ist dies nur zur Schuld zu rechnen, da durch solch ein einfaches Wollen der äußeren Handlung dem rechtsgutsbeeinträchtigenden Charakter der Tat nichts Neues hinzugefügt wird. Jenes einfache Wollen begründet nur die besondere persönliche Vorwerfbarkeit der Tat, nicht aber mindert es das spezifische Unrecht der Handlung.

Auch die Tatbestandsmerkmale „wissentlich", „wider besseres Wissen" in § 131, § 144, § 153 ff., § 164 Absatz 1, Absatz 2, § 257, § 278, § 302 Absatz 3, § 327, § 353 machen diese Delikte nicht zu Dispositionsdelikten mit subjektiven Unrechtselementen. Den rechtsgutsbeeinträchtigenden Charakter der Tat intensivieren diese Momente nicht. Es wird nur die Vorsatzseite dieser Delikte besonders betont; fahrlässige Begehung genügt hier nicht. Es liegt hier gar keine besondere Intensivierung der Innentendenz im Täter vor, der Täter muß nur die rechtserheblichen Tatumstände gekannt haben; es handelt sich hier nur um einfachen Vorsatz, um kein subjektives Element, das neben dem Vorsatz vorhanden sein muß, ihn vertiefen, intensivieren muß.

Auch die von Mezger [72]) als Aeußerungsdelikte bezeichneten §§ 185, 186, 187, 241, 153, 154, 166, 300 sind nicht Dispositionsdelikte mit täterpsychischen subjektiven Unrechtselementen. Bei den Aeußerungsdelikten kommt es für den nach dem Gesetz maßgebenden Inhalt der Aeußerung, „nicht auf den Sinn an, den ihnen der Aeußernde beilegt, sondern auf den Sinn, der ihnen im Rechtsverkehr beigelegt wird". Dieser „objektive" Sinn der Aeußerung muß vom Vorsatz des Täters umfaßt werden. Das Wollen des Täters ist einfaches Wollen seiner Handlung, die er vorsätzlich als solche will, also keine intensivierte Innentendenz. Fehlt dieses Wollen, so entfällt der Vorsatz. Es liegt hier kein psychisches Element vor, das sich irgendwie vom Vorsatz abgrenzen läßt. Die täterpsychischen Elemente dieser Deliktstatbestände haben nur Bedeutung für die Schuld, nicht für die Rechtswidrigkeit. Es gibt hier also keine subjektiven täterpsychischen Unrechtselemente (wohl aber außertäterpsychische subjektive Unrechtselemente).

Mezger scheidet von den Aeußerungsdelikten die Ausdrucksdelikte und bejaht bei diesen ein subjektives Unrechtselement. Positives Ausdrucksdelikt ist der Parteienmeineid nach § 153 StGB. in Ver-

bindung mit § 459 ZPO. alter Fassung (Eidesnorm). Negatives Ausdrucksdelikt ist die Nichtanzeige drohender Verbrechen nach § 139. Hegler [73]) kennzeichnet diese Delikte als Fälle vorausgesetzter psychologischer Situation. Nach Mezger enthalten diese Delikte ein subjektives Unrechtselement, weil das Gesetz hier zur Strafbarkeit sich nicht mit einem „einfachen Wollen" einer äußeren Handlung begnügt, sondern ein „sinnerfülltes Wollen der äußeren Handlung" verlangt. Das Gesetz begnügt sich nicht damit, daß der Täter wissentlich und willentlich den erforderlichen äußeren Tatbestand verwirklicht, sondern das sinnerfüllte Wollen der äußeren Handlung muß Ausdruck eines seelischen Vorgangs im Täter sein. Der spezifische Tatbestand nach Mezger besteht also in § 139 darin, daß der Täter es unterläßt, einen in seinem Innern sich vollziehenden seelischen Vorgang in bestimmter Weise zum Ausdruck zu bringen, obwohl es das Gesetz fordert. Tatsächlich hängt es von dieser psychologischen Situation ab, ob sein Verhalten rechtswidrig ist oder nicht. Ob eine sozialschädliche Handlung, also eine rechtswidrige, vorliegt, hängt von einer bestimmten seelischen Einstellung des Täters ab, davon, daß er von einem Verbrechen Kenntnis erhält, daran glaubt und, trotzdem er daran glaubt, es unterläßt, Anzeige zu machen. Subjektive Momente sind hier schon für die Bewertung der Handlung als einer rechtswidrigen maßgebend, nicht erst für die die Zurechenbarkeit der Handlung dem Täter gegenüber. Der Unwertscharakter der Handlung hängt von dem subjektiven Moment, der glaubhaften Kenntnis des Täters ab; ohne dieses subjektive Moment kann die Handlung nicht bewertet werden, erst dadurch wird die Unterlassung strafrechtlich relevant. Hegler [74]) sagt mit Recht: „Es ist klar, daß nur der durch Unterlassung der Anzeige bevorstehender Verbrechen rechtswidrig handelt, der glaubhafte Kenntnis von diesem Vorhaben hat, nicht der, dem irgendwie ein vages Gerücht zu Ohren kam. Bei dieser Kenntnis handelt es sich nicht einfach um den Vorsatz, sondern sie ist die psychologische Situation, bei der erst die Rechtswidrigkeit der Unterlassung gegeben ist; die Nichtanzeige bevorstehender Verbrechen kann nicht schlechtweg für rechtswidrig, gesellschaftsschädlich erklärt sein, sondern nur die Nichtanzeige trotz Kenntnis (also bei Veranlassung, mitzuteilen). Damit ist jedenfalls erwiesen, daß die objektiv geforderten Momente für sich allein ohne Hinzunahme des Vorhandenseins einer bestimmten Absicht, Kenntnis, die Richtswidrigkeit, Antisozialität des Verhaltens nicht zu begründen vermögen." Hegler hat somit bewiesen, daß subjektive täterpsychische Elemente zu den objektiv vorhandenen hinzukommen müssen, um die Handlung zu einer rechtswidrigen zu machen.

In gleicher Weise enthält das positive Ausdrucksdelikt des § 153 StGB. als Ueberzeugungseid in Verbindung mit § 459 (alter

Fassung) ZPO. ein täterpsychisches subjektives Unrechtselement. Rechtswidrig ist die Handlung dann und nur dann, wenn der Inhalt des Ueberzeugungseids mit dieser Ueberzeugung nicht übereinstimmt. Die Ueberzeugung, ein subjektives Moment, ist also schon unrechtsbegründend, nicht erst schuldbegründend. Es handelt sich gewissermaßen um ein intensiviertes Willensmoment, denn ein Plus gegenüber dem Vorsatz ist vorhanden, es liegt eine Verstärkung des Vorsatzes vor; dieses verstärkte Wollen benötigt man zur Unrechtsbegründung; der einfache unkomplizierte Vorsatz genügt zur Schuld, aber nicht zur Unrechtsbegründung. So kann man letzten Endes diese Ausdrucksdelikte auch in den Kreis der Dispositionsdelikte und damit der Delikte mit subjektiven Unrechtselementen einbeziehen.

Wir haben also gesehen, daß man bei einer beachtlichen Anzahl von Delikten das Vorhandensein subjektiver Unrechtselemente bejahen muß. Diese Delikte konnte man dank der Eigenart dieser subjektiven Unrechtselemente zu gewissen Gruppen zusammenziehen.

V.

Genügen dem geltenden Recht zur Konstituierung des Unrechtscharakters einer Handlung allein subjektive Unrechtselemente oder verlangt es daneben immer noch objektive Merkmale zur Bejahung der Rechtswidrigkeit einer Handlung? Daß das Gesetz vielfach subjektive Merkmale zur Begründung des Unrechtscharakters mitheranzieht, haben wir gesehen; ob es aber eine rein subjektive Unrechtsbegründung gibt, diese Frage steht noch offen.

Die Frage nach rein subjektiver außertäterpsychischer Unrechtsbegründung kann ohne weiteres mit einem glatten Nein beantwortet werden. Ob eine Tat Unrecht ist, kann, wie wir gesehen haben, von der psychischen Einstellung von dritten Personen mitabhängen, aber diese außertäterpsychischen Momente sind nicht allein imstande, eine Tat zu einer rechtswidrigen zu machen; denn der Unwertscharakter einer Handlung kann zwar von subjektiven Momenten bei Dritten mitabhängig sein, aber daß eine Tat als rechtswidrig zu bewerten ist, hängt letzten Endes von der Rechtsgutsverletzung ab und die Rechtsgutsverletzung wird primär und im Grunde durch die objektiven und subjektiven Auswirkungen der Tat ausgelöst. Die Wirkung bei Dritten setzt logischerweise objektive Elemente voraus. Ohne objektive evtl. auch subjektive Tatbestandselemente kann keine Wirkung bei dritten Personen ausgelöst werden, weder beim Richter, noch bei unbeteiligten Dritten, noch bei sachlich beteiligten Dritten und auch nicht beim Verletzten.

Schwieriger ist die Feststellung, ob es rein subjektive täterpsychische Unrechtsbegründung gibt. In der Bestimmung des § 226 BGB., dem Schikaneverbot, haben die Vertreter einer subjektiven Richtung innerhalb der objektiven Rechtswidrigkeitslehre eine rein subjektive Unrechtsbegründung angenommen. „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.“ In dieser Bestimmung soll nur der subjektive Zweck des Handelnden die sonst objektiv berechtigte Handlung zur rechtswidrigen machen. H. A. Fischer[76]) führt aus, daß man aus § 226 BGB. ersehen kann, „wie verwerfliche Zwecke des Handelnden eine an sich rechtlich gebilligte Handlung zu einer widerrechtlichen machen“. Fischer nimmt also in § 226 BGB. eine rein subjektive Unrechtsbegründung an. Auch Beling,[77]) der sonst die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen negiert und die Absicht zur Schuld rechnet, gibt zu, „daß Rechtserlaubnisse und Normen so gefaßt sein können, daß die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Handelnden von den von dem Handelnden verfolgten Zwecken abhängig gestellt sind. Ein Beispiel bietet das Schikaneverbot in § 226 BGB.“.

Auch Nagler[78]) bejaht die Ansicht, daß subjektive Elemente u. U. für die objektive Rechtswidrigkeit von konstitutiver Bedeutung werden können und verweist auf § 226 BGB.

Nach M. E. Mayer[79]) kann die Rechtswidrigkeit einer Handlung nicht immer ohne Rücksicht auf Zwecke des Subjekts festgestellt werden. In § 226 BGB. machen die Zwecke des Täters die Handlung widerrechtlich. Mayer nimmt hier also rein subjektive Unrechtsbegründung an.

Dies verneinen die Objektivisten innerhalb der Rechtswidrigkeitslehre, vor allem Sauer.[80]) Nach ihm darf man die Rechtmäßigkeit einer Handlung nicht von der Gesinnung des Täters abhängig machen, auch nicht in § 226 BGB. „Wenn dieser bestimmt, daß „die Ausübung eines Rechts unzulässig ist, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen“, so tritt u. E. schon aus der Fassung des Gesetzes deutlich hervor, daß nicht der von dem Handelnden verfolgte subjektive Zweck, sondern „der Zweck der Rechtsausübung“, d. i. der Ausübung des formellen Rechts, jedenfalls der Zweck der Tat, nicht des Täters, auf seine Schädlichkeit zu untersuchen ist.“

Auf objektivem Boden steht, wenn auch nicht unbedingt, auch das Reichsgericht Z. S.[81]) und die Zivilkommentare und Zivilrechtslehrbücher, so vor allem Staudinger[82]) und Enneccerus,[83]) während der R. G. Räte-Kom.[81]) objektive und rein subjektive Unrechtsbegründung neben einander gelten läßt.

Nach dem Wortlaut des § 226 BGB. muß man ihn allerdings so verstehen, daß maßgebend für die Rechtswidrigkeit der Handlung nicht der subjektive Zweck des Täters, sondern der objektive Zweck der Tat ist. Es heißt ja in § 226: „nur den Zweck haben kann" und nicht: „nur den Zweck hat". Auch muß man Heglers Einwand bejahen — der an sich in § 226 rein subjektive Unrechtsbegründung sieht —, daß es sich bei § 226 BGB. primär um die Begrenzung der privatrechtlichen Rechtsausübung, die nur indirekt für das Strafrecht bedeutsam wird, handle. § 226 BGB. allein läßt uns also unsere Frage nach der Möglichkeit rein subjektiver Unrechtsbegründung nicht bejahen. Das geltende Strafrecht verlangt in seinen Tatbeständen immer objektive Merkmale zur Unrechtsbegründung, wenn es auch in vielen Fällen subjektive Elemente zur Unrechtsbegründung mitheranzieht und für nötig hält. Rein subjektive Unrechtsbegründung kommt am ehesten dann in Frage, wenn man sich zu der Lehre von der subjektiven Versuchstheorie bekennt; denn die subjektive Versuchslehre behauptet, alles, was sich als Verwirklichung eines subjektiven verbrecherischen Entschlusses darstellt, ist rechtswidrig und verlangt nicht mehr als eine solche Willensbetätigung. Wie es sich objektiv äußert, ist gleichgültig, maßgebend ist der verbrecherische Entschluß, der zur Verwirklichung geschritten ist. Hier wird die Rechtswidrigkeit nicht durch objektive Merkmale und subjektive Elemente gebildet, sondern allein durch die subjektive Willensrichtung des Handelnden. Aber zu irgendeiner Verwirklichung, wenn auch keiner rechtswidrigen, muß es doch gekommen sein. Allein der verbrecherische Entschluß ist nie strafbar, sondern erst, wenn er sich irgendwie verwirklicht. Letzten Endes liegt auch hier keine rein subjektive Unrechtsbegründung ohne objektive Merkmale vor. Objektive Merkmale müssen immer gegeben sein, die zur Unrechtsbestimmung herangezogen werden. Ohne diese ist subjektive Unrechtsbegründung nicht möglich, wenn die Handlung ohne subjektive Elemente auch rechtmäßig ist. Die Rechtswidrigkeit wird begründet sowohl durch die Betätigung des verbrecherischen Willens als auch durch den verbrecherischen Willen selbst (subjektives Element); danach möchten wir auch bei einer etwaigen Bejahung der subjektiven Versuchstheorie keine rein subjektive Unrechtsbegründung annehmen. Bei Festhalten an der objektiven Versuchstheorie muß man erst recht zur Verneinung dieser Möglichkeit kommen. Da das positive Recht uns auch sonst zwar Anhaltspunkte gibt, daß mitunter zur Unrechtsbegründung auch subjektive Elemente nötig sind, nicht aber, daß allein subjektive Elemente zur Unrechtsbegründung ausreichen, müssen wir rein subjektive Unrechtsbegründung ablehnen.

Sind diese subjektiven Elemente nur Unrechtselemente oder sind sie auch zugleich Schuldelemente? Theoretisch ist letzteres möglich.

Ein Element kann doppelte Funktion erfüllen. Die Rechtsnorm tritt in doppelter Funktion auf, einmal als Bewertungsnorm (hier ist sie Maßstab für die Rechtswidrigkeit einer Handlung); dann als Bestimmungsnorm (hier ist sie Maßstab für die Vorwerfbarkeit einer Handlung dem Täter gegenüber, ihre Zurechenbarkeit). Das eine Mal wertet sie die Handlung objektiv nach ihrer rechtsgutsbeeinträchtigenden Wirkung; das andere Mal beurteilt sie das Verhältnis des Täters zu dieser objektiv bewerteten Handlung. Danach können die von uns besprochenen subjektiven Elemente doppelten Funktionscharakter tragen. Nach Mezger [85]) sind die subjektiven Unrechtselemente zugleich auch Schuldelemente, weil ihnen sonst die persönliche Zurechenbarkeit und damit die strafrechtliche Bedeutung fehlen würde.

Auch Frank [86]) steht auf dem Standpunkt, daß die subjektiven Unrechtselemente (er spricht hier von den Delikten mit überschießender Innentendenz; das spezifische subjektive Unrechtselement ist hier also die „Absicht"), wenn sie auch Unrechtsbestandteile seien, doch auch als Schuldbestandteile angesehen werden können, da das eine das andere nicht ausschlösse. Er argumentiert wie folgt: „Gesetzt, es gehörte das Ereignis, auf das sich die Absicht bezieht, zur Vollendung, so wäre ihr Schuldcharakter außer Zweifel. Wieso das aus dem Grunde anders werden sollte, daß der Gesetzgeber die Vollendung früher eintreten läßt, ist nicht einzusehen. Auch beim Versuch bleibt doch der anerkanntermaßen dazu gehörende Vollendungsvorsatz Schuld, obwohl er über das äußere Geschehen hinausgreift und die Rechtswidrigkeit begründet." Frank nimmt also für die Erfolgsabsichtsdelikte, Nachaktsabsichtsdelikte und reinen Versuchsdelikte an, daß die in ihnen enthaltenen Unrechtselemente zugleich Schuldelemente sind. Diesen Stundpunkt vertritt auch Schmidt im Liszt-Schmidtschen Lehrbuch.[87]). Anderer Ansicht ist Hegler.[88]) Auch Mezger hat in seinem Aufsatz „Die subjektiven Unrechtselemente" [89]) nur Unrechtscharakter dieser subjektiven Unrechtselemente und nicht auch Schuldcharakter angenommen, aber diese Ansicht in seinem Beitrag zur Traeger-Festschrift [90]) korrigiert (weil sonst deren Zurechenbarkeit fehlen würde). Die Ansicht, daß das subjektive Unrechtselement der überschießenden Innentendenz nicht Schuldbestandteil, sondern nur Unrechtsbestandteil ist, begründete Mezger im Gerichtssaal damit, daß die überschießende Innentendenz weder symptomatologisch die Täterpersönlichkeit charakterisiere, noch sich konkret-psychologisch auf bestimmte objektive Bestandteile der Tat bezöge, sondern allein ein sozusagen ins Subjektive verflüchtigte Moment des interesseverletzenden Verhaltens sei, das die besondere Gefährlichkeit dieser Tat für fremde Interessen begründe. Sie habe also im Schuldbegriff keinen Platz, sondern gehöre allein zum Unrecht. In seiner

Abhandlung „Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände" behauptet Mezger im Gegensatz dazu den gleichzeitigen Schuldcharakter der subjektiven Unrechtselemente, sich Franks Meinung anschließend, und beruft sich zum Beweis seiner Behauptung auf Franks dazu geäußerte Argumente.

Hegler beweist seine abweichende Ansicht folgendermaßen: Damit die subjektiven Unrechtselemente auch als Schuldelemente bezeichnet werden können, müßten sie zur Schuld i. e. S., zum Vorsatz, gehören; also der Vorsatz muß sich auch auf das Vorhandensein dieser subjektiven Unrechtselemente bezogen haben. Aber als Gegenstand des Vorsatzes kommt nur etwas in Frage, was Gegenstand einer inneren Beziehung sein kann, und Gegenstand einer inneren Beziehung kann nur Aeußeres, Objektives sein; denn „ein Wissen und Wollen des Gewußten und Gewollten zu verlangen, wäre abwegig".[91]) Sie könnten danach nicht der Vorsatz selbst, sondern nur ein abzutrennender Bestandteil des Vorsatzes sein. Dies ist aber auch nicht der Fall, da es sich hier um etwas Subjektives handelt, das über das objektiv Geforderte hinausschießt, und der Vorsatz umfaßt nur das objektiv Geforderte. — Damit aber eine rechtswidrige Handlung auch schuldhaft ist, muß sie mit allen ihren notwendigen Elementen dem Täter persönlich vorgeworfen werden können. Insoweit sind diese subjektiven Unrechtselemente — da sie ja Unrechtselemente sind — auch Schuldelemente. Dies muß auch Hegler zugeben: „Zur Schuld i. w. S., der Vorwerfbarkeit, gehört auch die Absicht; da es sich hier um ein Werturteil handelt, das sich gründet auf eine Beziehung der Psyche des Täters zur rechtswidrigen, sozialschädlichen Tat und die „Absicht" zu dieser gehört."[92]) Richtig ist, wenn Hegler sagt, daß die Fragestellung nach der Vorwerfbarkeit der subjektiven Unrechtselemente überflüssig ist; denn wenn Rechtswidrigkeitsmomente von vornherein in subjektiver Form, in Form des Gewußt- und Gewolltseins auftreten, kann die rechtswidrige Handlung zur Täterpsyche natürlich in Beziehung gesetzt werden. Die subjektiven Unrechtselemente kann man also insoweit auch als Schuldelemente bezeichnen, als sie dem Täter persönlich vorwerfbar sind. Das muß auch gegen die Begründung Mezgers im Gerichtssaal gesagt werden, die er ja selbst in der Traeger-Festschrift fallen gelassen hat. Tritt das Gesetz als Bestimmungsnorm in Erscheinung, so zieht es auch diese subjektiven Unrechtselemente als Elemente zur Bestimmung der Vorwerfbarkeit dem Täter gegenüber in Betracht.

Nach M. E. Mayer[93]) sind die subjektiven Elemente der Rechtswidrigkeit echte Merkmale der Rechtswidrigkeit, aber sie sind nicht Schuldmerkmale, weder echte noch unechte, sie haben keinen doppelten Charakter, sondern einen einfachen. Seine Behauptung

beweist er damit: Die Feststellung der Rechtswidrigkeit geschieht durch eine teleologische Betrachtung, und zwar sowohl die der objektiven wie der subjektiven Rechtswidrigkeitselemente. Bei der rein objektiv konstituierten Rechtswidrigkeit ist der Zweck, den der Täter verfolgt, gleichgültig; subjektive Unrechtselemente beruhen dagegen auf dem Zweck des Täters. Gerade deswegen sind sie keine Schuldmerkmale. Für die Zurechenbarkeit einer Handlung als Schuld ist das Motiv maßgebend, die Zurechnung geschieht durch eine kausale Betrachtung. Subjektive Unrechtselemente sind genau so wenig Schuldmerkmale wie der Zweck mit dem Motiv identisch ist und wie eine teleologische Betrachtungsweise mit einer kausalen zusammenfällt. Wenn man auch zugeben muß, daß Zweck und Motiv nicht identisch sind, daß teleologische und kausale Betrachtungsweise auseinanderfallen, so beweist dies gerade nicht, daß ein subjektives Unrechtselement nicht auch zugleich ein Schuldelement sein kann. Ein und dasselbe subjektive Element ist bei teleologischer Betrachtungsweise bedeutsam für die Rechtswidrigkeit, bei kausaler Betrachtungsweise bedeutsam für die Schuld. Mayers Darlegungen beweisen nichts gegen eine doppelte Funktion dieser subjektiven Elemente als Unrechts- und Schuldmerkmale. Das subjektive Element, das als Zweck unrechtsrelevant ist, muß auch schuldrelevant sein, um dem Täter vorgeworfen werden zu können. An anderer Stelle[94]) gibt Mayer selbst zu, daß ein und derselbe psychische Vorgang Bestandteil der Rechtswidrigkeit und der Schuld sein kann, je nach der Betrachtungsweise. Damit gibt er auch zu, daß das subjektive Unrechtselement Schuldelement sein kann. Da ihm sonst die Zurechenbarkeit fehlen würde und damit die strafrechtliche Bedeutung, muß also das subjektive Unrechtselement zugleich Schuldelement sein. Wenn auch jedes psychische Element des Täters nur im Spezialfall Unrechtselement ist, bei der Frage nach der Schuld ist es immer bedeutsam. Jedes subjektive Element, gleich ob es auch Unrechtselement ist, ist als täterpsychisches Element bedeutsam für die Frage der Vorwerfbarkeit, für die Frage der Bestimmbarkeit der Handlung als eine in einem bestimmten Grade schuldhafte.

Die subjektiven täterpsychischen Unrechtselemente sind also immer Schuldelemente, nicht so die subjektiven Unrechtselemente, die nicht täterpsychischer Natur sind. Diese sind nicht Schuldelemente. Sie sind bedeutungslos für die Frage der Vorwerfbarkeit der Tat dem Täter gegenüber. Sie sind nur von Bedeutung für die Frage der Bewertung einer Handlung als einer rechtswidrigen an und für sich.

VI.

Die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen hat nicht nur Bedeutung für die Erfassung des Tatbestands des einzelnen Delikts-typs, sondern hat auch Bedeutung für die Fragen des allgemeinen Teils des Strafrechts. Diese Lehre wirkt sich praktisch aus bei der Lehre von Irrtum, Versuch, Mittäterschaft und Teilnahme, von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung, Akzessorietät der Teilnahme, Notwehr, Konkurrenz und für die Maßregeln der Sicherung und Besserung.

Beim Irrtum unterscheiden wir, ob der Täter sich zu seinen Gunsten oder zu seinen Ungunsten irrt. Ein Irrtum des Täters zu seinen Ungunsten liegt vor, wenn der Täter seine Tat für schwerer ansah, als sie objektiv tatsächlich war. Von Irrtum zu Gunsten des Täters spricht man, wenn der Täter die Tat für weniger schwer ansah, als sie bei objektiver Betrachtung tatsächlich war. Den Irrtum zu Gunsten des Täters umfaßt der § 59 StGB. Nehmen wir z. B. an, der Täter nimmt eine Sache in rechtswidriger Zueignungsabsicht weg, aber der Eigentümer ist mit dieser Wegnahme einverstanden. § 242 verlangt als subjektives Unrechtselement die Absicht „rechtswidriger Zueignung". Der Täter irrt sich hier zu seinen Ungunsten; er hält die Zueignung für rechtswidrig, während sie infolge der Einwilligung des Eigentümers, von der er nichts weiß, rechtmäßig ist. Hält man dies subjektive Element nur für ein Schuldelement, so würde der Irrtum nur bedeutsam als eventueller Schuldausschließungsgrund, nicht aber für die Beantwortung der Frage der Rechtswidrigkeit. Die Handlung wäre dann also auf alle Fälle rechtswidrig. Aber die Handlung wäre dann nicht nur rechtswidrig, sondern auch schuldhaft, da der Täter ja schuldhaft handelt. Es muß ihm vorgeworfen werden, daß er die Absicht rechtswidriger Zueignung hatte. Ist das subjektive Element nur Schuldelement, so hat der Täter schuldhaft den Tatbestand einer rechtswidrigen Handlung, hier eines vollendeten Diebstahls, erfüllt. Zu ganz anderen praktischen Ergebnissen kommt man, wenn man das subjektive Element der Absicht rechtswidriger Zueignung auch als Unrechtselement ansieht. Dann könnte zwar die Schuldfrage bejaht werden, aber die Frage nach der Rechtswidrigkeit steht noch offen und der Irrtum des Täters zu seinen Ungunsten fällt vielleicht hier ins Gewicht. Ob die Handlung rechtswidrig ist oder nicht, hängt von dem rechtsgutsbeeinträchtigenden Charakter der Handlung ab. Irrt sich der Täter zu seinen Ungunsten, so verändert sich aber die Rechtsgutsbeeinträchtigung ganz wesentlich. Es ist hier gar keine Rechtsgutsverletzung eingetreten, auch zu keiner konkreten Rechtsgutsgefährdung

gekommen, während ohne diesen Irrtum die Handlung von rechtsgutsverletzendem Charakter ist. Dieser Irrtum ist also von wesentlicher Bedeutung für den Rechtswidrigkeitscharakter der Handlung. Man kann hier nicht wegen vollendeten Diebstahls bestrafen, sondern entweder überhaupt nicht wegen Fehlen des Unrechtselements, also wegen Mangels im Tatbestand, oder bei Annahme der subjektiven Versuchstheorie (wie das Reichsgericht) wegen objektiv untauglichen Versuchs.[95])

Nehmen wir nun an, der Täter weiß nicht, daß die beabsichtigte Zueignung rechtswidrig ist; denn er hat z. B. die Einwilligung des Eigentümers der weggenommenen Sache irrtümlich angenommen. Der Unrechtscharakter der Handlung wird hiedurch nicht berührt, die Rechtsgutsgefährdung bleibt trotz des Irrtums des Täters dieselbe. Wohl aber kann der Schuldcharakter der Handlung ein anderer sein. Dieses subjektive Element ist ja, wie wir schon gesagt haben, nicht nur Unrechtselement, sondern auch Schuldelement; es hat doppelten Charakter. Dieser wird hier von Bedeutung. Durch diesen Irrtum wird zwar nicht der Unrechtscharakter der Handlung berührt, wohl aber kann, da dies subjektive Moment zugleich auch Schuldmoment ist, der Schuldcharakter ein anderer werden. Der Täter handelt zwar rechtswidrig, aber nicht schuldhaft, wenn er in einem entschuldbaren Irrtum befangen war. Für die Bewertung der Tat als einer rechtswidrigen spielt dieser Irrtum keine Rolle, wohl aber für die Bestimmbarkeit der Tat dem Täter gegenüber. Hier beeinflußt der Irrtum, in dem sich der Täter befunden hat, den Charakter der Handlung als in bestimmtem Maße vorwerfbar.[96])

Bei den reinen Versuchsverbrechen ist ein Versuch nicht möglich. Dagegen gibt es bei den Erfolgsabsichtsdelikten und den Nachaktsabsichtsdelikten für strafbar erklärte Versuche. Dann treten zwei subjektive Unrechtselemente auf, erstens die überschießende Innentendenz und zweitens der überschießende Entschluß, durch den der Versuch manifestiert wird. Auch dieser überschießende Entschluß, den § 43 StGB. für eventuell strafbar erklärt, ist doch ein subjektives Unrechtselement. Die Frage, ob straffreier Rücktritt vom Versuch gemäß § 46 Ziffer 1 nach Erfüllung des objektiv Geforderten, aber vor Realisierung des Beabsichtigten noch möglich ist, muß verneint werden, da das Gesetz einen solchen Fall als Vollendung ansieht, nicht als Versuch nach § 43, und Rücktritt vom Versuch nur beim Versuch möglich ist nach § 46 Ziffer 1.[97])

Die Frage, ob nach Verwirklichung des objektiv Verlangten, also nach formeller Vollendung des Beabsichtigten Beihilfe möglich ist, ist nach Hegler zu bejahen. Die Annahme der Beihilfe schließt nach ihm die Lücke im Gesetz, welche sich hier ergibt, da es sich

in solchen Fällen nicht um sachliche Begünstigung handeln kann; hier geht es um Vorteilserlangung, nicht um Vorteilssicherung. Hegler bejaht die Frage dann aus dem Grunde, weil bei Objektivierung Beihilfe in diesem Stadium bejaht werden müßte und die Unterscheidung, ob Beihilfe oder Begünstigung, nicht abhängig gemacht werden könne von der Wirklichkeitsform — der Innen- oder Außenweltswirklichkeit — der vom Gesetz verlangten Momente. Da nach der herrschenden Ansicht in Theorie und Praxis[97a]) Beihilfe auch nach der formellen Vollendung der Haupttat noch möglich ist, wird diese Lücke im Gesetz durch die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen ausgefüllt.

Der absolut untaugliche Versuch verursacht keine Rechtsgutsverletzung. Nach der objektiven Versuchstheorie ist der untaugliche Versuch nicht strafbar. Wenn jedoch die subjektive Versuchstheorie den untauglichen Versuch bestraft, bestraft sie ihn nicht ohne Rechtswidrigkeit; denn eine Bestrafung einer Tat, die nicht rechtswidrig ist, kennt die herrschende Meinung richtigerweise nicht. Die Rechtswidrigkeit der Tat beruht auf der objektiven Gefährdung des betreffenden Rechtsguts, die hervorgerufen wird durch die Gefährlichkeit der Gesinnung des Täters. Ohne Berücksichtigung der inneren Einstellung des Täters läßt sich hier nicht feststellen, ob eine Gefährdung vorliegt. Diese Tätergesinnung bringt eine, wenn auch nicht konkrete, so doch abstrakte Rechtsgutsgefährdung mit sich. Diese Rechtsgutsgefährdung macht eine solche Tat zu einer rechts-
widrigkeit der Tat beruht auf der objektiven Gefährdung des be-
Annahme der subjektiven Unrechtselemente keine reine Schuldbestrafung, wie Goldschmidt[98]) annimmt, sondern Bestrafung einer rechtswidrigen Handlung.

Auch bei der Abgrenzung von Mittäterschaft und Teilnahme spielt die Annahme subjektiver Untechtselemente eine Rolle. Diese Abgrenzung wird von der subjektiven Theorie nach einem Schuldelement entschieden. Täter ist danach derjenige, der mit dem animus auctoris, Gehilfe, der mit dem animus socii handelt. Nach der objektiven Theorie ist Täter, wer eine Ausführungshandlung ganz oder teilweise vornimmt, Teilnehmer, wer eine sonstige Bedingung setzt. Hier wird demnach nach dem Unrechtsgehalt der Tat entschieden, ob jemand Täter oder Gehilfe ist. Die subjektive Teilnahmetheorie nimmt die Unterscheidung von Mittäterschaft und Teilnahme von vornherein nach subjektiven Momenten vor und durch die Annahme von subjektiven Unrechtselementen wird ebenfalls durch subjektive Momente die Unterscheidung herbeigeführt. Bedeutender ist der Einfluß der Lehre von den subjektiven Rechtswidrigkeitselementen auf die objektive Teilnahmetheorie. Durch sie wird die objektive Teilnahmetheorie stark subjektiviert, da so vielfach sub-

jektive Elemente bestimmen, ob Täterschaft oder Teilnahme vorliegt. Der Gegensatz von objektiver und subjektiver Teilnahmetheorie wird so durch die Annahme subjektiver Unrechtselemente stark verringert. Aber die beiden Theorien bleiben doch gegensätzlich; die objektive Theorie verlangt auch weiterhin bei Täterschaft die Vornahme einer Ausführungshandlung, verlangt aber bei Vorliegen subjektiver Unrechtselemente zusätzlich dieses subjektive Element. Die subjektive Theorie verlangt bei Täterschaft die entsprechende Willensrichtung, nämlich animus auctoris, der ja das subjektive Unrechtselement notwendigerweise miteinschließen muß. Die objektive Theorie verlangt entgegen der Ansicht Mezgers[98a]) immer ein Ausführen der Tatbestandshandlung. Um Täter zu sein, genügt demnach nicht, ohne die Tatbestandshandlung mitauszuführen nur mit spezifischer überschießender Tendenz an der Handlung teilzunehmen; hier ist es dann nur Beihilfe. Danach ist der Unterschied von objektiver und subjektiver Teilnahmetheorie bei Annahme der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen gemildert. Das jeweilige subjektive Unrechtselement muß auch bei Vorliegen der Mitausführung einer Tatbestandshandlung bei dem Handelnden vorhanden sein, um ihn als Mittäter bestrafen zu können. Auch bei der objektiven Teilnahmetheorie ist damit die Unterscheidung, ob Mittäter oder Gehilfe, mitabhängig von einem subjektiven Element.

Mittelbarer Täter kann nur der sein, in dessen Person das subjektive Unrechtselement vorhanden ist. Es genügt, wenn der mittelbare Täter nur dieses subjektive Merkmal aufweist. Dies ergibt sich aus der Natur der mittelbaren Täterschaft; dem mittelbaren Täter wird das Handeln des Werkzeugs als eigenes angerechnet; der Täter nimmt ja mittelbar, mit Hilfe des Werkzeugs, die Tatbestandshandlung vor. Man kann auch mittelbarer Täter mit einem dolosen Werkzeug sein bei Delikten mit subjektiven Unrechtselementen. Wer die für das Delikt verlangte Absicht hat und einen anderen zur Deliktsausführung benützt, ist auch mittelbarer Täter, wenn der andere mit Wissen und Wollen aller objektiven Tatumstände handelt, wenn er nur nicht diese Absicht, die subjektives Unrechtselement ist, hat. Wenn der unmittelbar Handelnde die Absicht des mittelbaren Täters zwar kennt, sie sich jedoch nicht selbst zu eigen macht, so kann der unmittelbar Handelnde nicht als Mittäter bestraft werden, da in seiner Person nicht die Absicht vorgelegen hat; denn Kenntnis einer fremden Absicht ist noch nicht Besitz dieser fremden Absicht als eigene.

Bei den Delikten mit subjektiven Unrechtselementen ist nur derjenige Anstifter, der die Absicht, die subjektives Unrechtselement ist, nicht hat; denn hat er selbst diese Absicht, dann ist er Täter, nicht Anstifter, da er durch das subjektive Unrechtselement an der Unrechtsbegründung unmittelbar beteiligt ist. Der Anstifter muß in

dem Angestifteten dieses subjektive Unrechtselement nicht hervorrufen; es ist auch Anstiftung, wenn der Ausführende diese Absicht schon vorher hatte, wenn der Anstifter nur sonst das zur Anstiftung Erforderliche getan hat. Als zur strafbaren Anstiftung genügend ist es anzusehen, wenn die Anstiftung nur das subjektive Unrechtselement im Täter zur Existenz gebracht hat, sonst nichts. Erst durch eine derartige Anstiftung ist ja dann dieser rechtswidrige Charakter der Handlung entstanden.

Die positive Regelung der Akzessorietät der Teilnahme ist die, daß zur Bestrafung des Anstifters und des Gehilfen eine rechtswidrige und schuldhafte Haupttat Voraussetzung ist. In der Literatur überwiegt mit Recht die Ansicht, es genüge eine dahin eingeschränkte Akzessorietät, daß die Rechtswidrigkeit der Handlung des Täters zur Bestrafung der Teilnehmer genüge und die Schuldfrage für diese gleichgültig sein müsse, so wie es in § 4 JGG. festgelegt ist. Die Theorie der subjektiven Unrechtselemente verlangt nun bei der beschränkten Akzessorietät nicht nur das Vorliegen sämtlicher objektiven Tatbestandsmerkmale, unter Verzicht aller subjektiven Merkmale als Norm, sondern auch das zum Deliktstypus gehörende subjektive Unrechtselement, da ja damit erst der Unrechtscharakter der Handlung begründet wird. Damit ist auch bei der beschränkten Akzessorietät die Bestrafung der Teilnehmer nicht nur von der objektiven Beschaffenheit der Handlung abhängig gemacht, sondern auch von täterpsychischen Momenten. Damit verdient die beschränke Akzessorietät vor der extremen Akzessorietät noch eher den Vorzug, wie Hegler und Mezger mit Recht sagen, da somit auch bei ihr die subjektive Seite, wenn notwendig, ihre Berücksichtigung findet. Der Unterschied zwischen extremer und gemäßigter Akzessorietät ist durch die subjektiven Unrechtselemente geringer geworden.

Das Vorliegen von subjektiven Unrechtselementen in der Person des Angreifenden kann bei der Notwehr wichtig werden bezüglich der Frage, ob ein rechtswidriger Angriff vorliegt. Wenn das betreffende subjektive Unrechtselement fehlt, ist bei Annahme einer ausschließlichen Unrechtsbegründung damit der Angriff nicht mehr rechtswidrig, womit auch das Notwehrrecht entfallen würde. Dann wären subjektive Unrechtselemente bedeutsam für die Notwehrfrage. Unserer Meinung nach kennt das geltende Strafrecht eine ausschließliche Unrechtsbegründung durch subjektive Unrechtselemente nicht. Infolgedessen ist auch bei Fehlen der subjektiven Unrechtselemente noch ein rechtswidriger Angriff gegeben. Selbst wenn man wie Hegler ausschließliche Unrechtsbegründung in einzelnen Fällen für möglich hält, kann der Angriff immer noch rechtswidrig sein; denn oft wird dann ein anderer Unrechtstypus gegeben sein oder der

Angriff ist nach außerstrafrechtlichen, insbesondere privatrechtlichen Grundsätzen rechtswidrig.

Für die Konkurrenzfragen hebt Mezger als Vorteil der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen hervor, daß es durch sie zu einer schärferen Erfassung der Unrechtstatbestände gekommen sei, die eine sichere Grundlage für die Konkurrenzlehre abzugeben imstande ist. Wie steht es nun mit der Konkurrenz von Delikten mit überschießender Innentendenz und solchen Delikten, die durch Erreichung oder Herbeiführung dieses Beabsichtigten entstanden sind und damit durch die Verwirklichung der Absicht ein neuer Deliktstatbestand erfüllt worden ist? Als Beispiel hiefür ist § 146 und § 147 StGB. zu erwähnen. Wird bei der Falschmünzerei nach § 146 die Absicht des Inverkehrbringens des falschen Geldes verwirklicht, so ist damit auch der Tatbestand des § 147 erfüllt. Hegler legt nun dar, daß bei den Erfolgsabsichtsdelikten und den Nachaktsabsichtsdelikten durch die Erreichung bzw. Herbeiführung des Beabsichtigten keine neue Art von Rechtswidrigkeit gegeben werde, sondern nur eine andere Wirklichkeitsform derselben Rechtswidrigkeit. Daraus schließt er, daß zwischen diesen Delikten mit überschießender Innentendenz und solchen Delikten, die durch Verwirklichung dieser Tendenz entstanden sind, keine Konkurrenz, speziell keine Realkonkurrenz anzunehmen ist. Auch Köhler [99]) nimmt bei Ausführung einer im Tatbestand vorgesehenen Absicht nach der Deliktsvollendung nicht Realkonkurrenz, sondern straflose Nachtat an. Daß in den Fällen der §§ 146, 147 und den ebenso gelagerten wie §§ 221 und 223 nicht Realkonkurrenz anzusehen ist, sondern straflose Nachtat, ist herrschende Meinung.[100])

Für die Maßregeln der Sicherung und Besserung sind die subjektiven Unrechtselemente insoweit von Bedeutung, als sie gegebenenfalls vorliegen müssen bei Anwendung der Maßregeln nach § 42 a StGB.; denn jede sichernde und bessernde Maßnahme setzt eine, wenn auch keine schuldhafte, so doch auf alle Fälle rechtswidrige Handlung voraus, und zur Rechtswidrigkeit der Handlung gehört in den besprochenen Fällen das subjektive Unrechtselement.

VII.

Nun wollen wir uns noch der Frage zuwenden, ob subjektive Momente maßgebend sein können für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit, also Rechtfertigungsgründe sein können und nicht nur Schuldausschließungsgründe. Dabei kann auch noch die Frage auftauchen, ob es eine negatio negationis der Rechtswidrigkeit des tat-

bestandsmäßigen Verhaltens gibt. Ist ein Verhalten des Täters als rechtswidrig festgestellt, ist aber aus objektiven Gründen ein Rechtfertigungsgrund gegeben, so kann die Rechtfertigung des rechtswidrigen Verhaltens von gewissen täterpsychischen Elementen abhängen. Verhindert das Fehlen solcher bestimmter täterpsychischer Elemente die Rechtfertigung eines an sich rechtswidrigen Verhaltens, so kann man von einer negatio negationis der Rechtswidrigkeit des tatbestandsmäßigen Verhaltens sprechen. Rechtfertigungsgründe sind Umstände, die einen an sich rechtswidrigen Tatbestand zu einem rechtmäßigen machen. Ist ein solcher Rechtfertigungsgrund gegeben, so liegt formell eine rechtswidrige, materiell eine rechtmäßige Handlung vor. Subjektive Rechtfertigungsgründe liegen demnach vor, wenn die Rechtfertigung eines an sich formell rechtswidrigen Verhaltens von täterpsychischen Momenten abhängig ist. Wie kann nun eine rechtswidrige Handlung durch subjektive Momente zu einer rechtmäßigen werden? Eine Handlung wird zu einer rechtswidrigen, wenn sie ein Rechtsgut beeinträchtigt. Alles Unrecht ist ja Rechtsgutsbeeinträchtigung. Wenn nun eine Rechtsgutsverletzung ausnahmsweise gerechtfertigt wird, so folgert Mezger mit Recht, kann dies nur aus zwei Gründen der Fall sein, entweder aus dem Prinzip des mangelnden Interesses oder aus dem Prinzip des überwiegenden Interesses.[100a]) Subjektive Rechtfertigungsgründe sind dann gegeben, wenn die Rechtfertigung, gesetzt, daß ihre objektiven Voraussetzungen erfüllt sind, von täterpsychischen Elementen abhängig ist. Solche subjektive Unrechtsausschließungselemente können entweder darin vorliegen, daß der Täter von diesen sachlich gegebenen Rechtfertigungsgründen wissen mußte oder daß der tatbestandsmäßig Handelnde den gleichen Zweck zum mindesten mit verfolgt haben mußte. Daß solche täterpsychischen Elemente maßgebend sein können für die Rechtfertigung einer an sich tatbestandsmäßigen Handlung, verneint Hegler. Das Vorliegen bestimmter subjektiver Momente, Zwecke, Ab- oder Ansichten kann nach Hegler tatbestandsmäßig interesseverletzendes Verhalten dieses Charakters nicht entkleiden. Auch die von uns schon erwähnte Möglichkeit einer negatio negationis eines interesseverletzenden Verhaltens durch subjektive Momente lehnt Hegler ab, weil ein objektiv tatsächlich gerechtfertigtes an sich tatbestandsmäßig rechtswidriges Verhalten nicht wiederum rechtswidrig werden könne durch ein psychisches Element. Bei der Züchtigung eines Schülers durch einen Lehrer z. B. ist formell der Tatbestand einer rechtswidrigen Körperverletzung gegeben. Diese an sich rechtswidrige Handlung wird gerechtfertigt, da es sich objektiv um eine vernünftige Erziehungsmaßnahme handelt. Wenn diese aber subjektiv nicht dem Erziehungszweck entsprungen ist, sondern einem persönlichen Rachegefühl des Lehrers, wird nach Heglers Ansicht die Rechtfertigung

durch dieses psychische Element nicht berührt. Den Standpunkt, daß eine Rechtfertigung nicht von subjektiven Momenten abhängt, bzw. daß eine an sich objektiv gerechtfertigte Handlung durch subjektive Momente nicht wiederum zu einer rechtswidrigen wird, vertreten neben Hegler Sauer[101]) und Zimmerl.[102]) Daß eine Rechtfertigung durch täterpsychische Elemente entkräftet werden kann, vertritt Mezger,[103]) Liszt-Schmidt[104]) und Engisch.[105]) Ob subjektive Elemente eine rechtswidrige Handlung rechtfertigen können und ob solche Momente einer objektiv gerechtfertigten tatbestandsmäßigen Handlung wieder ihre Rechtfertigung entziehen können und sie also zu einer rechtswidrigen machen, diese Frage wollen wir nun in den einzelnen Fällen untersuchen und entscheiden.

Als Rechtfertigungsgründe, die auf dem Prinzip des mangelnden Interesses beruhen, nennt Mezger die Einwilligung des Verletzten, die sogenannte mutmaßliche Einwilligung, und die Geschäftsbesorgung ohne Auftrag, wo aus diesen Gründen das an sich verletzte Interesse wegfällt. Rechtfertigungsgründe nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses sind nach Mezger Gründe, die durch besondere Pflichten oder durch besonderes Notrecht des Handelnden bedingt werden. Solche sind die Rechtfertigung durch Ausübung von Amts- und Berufspflichten, durch Ausübung des Erziehungsrechts, bei Pflichtenkollision und die Rechtfertigung durch besondere Notrechte.

Die objektiven Erfordernisse müssen als gegeben vorausgesetzt werden, damit an die Untersuchung, ob subjektive Unrechtselemente vorliegen, herangegangen werden kann. Der Träger des beeinträchtigten Rechtsguts hat also befugt und wirksam in die Rechtsgutsbeeinträchtigung durch den Täter eingewilligt. Dann müssen zwei Fragen geprüft werden. Erstens: muß der Täter im Augenblick der Tat Kenntnis von der Einwilligung haben oder nicht? Bejaht man diese Frage, so enthält der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung ein subjektives Unrechtsausschließungselement. Zweitens: bezieht sich die Einwilligung auf die vom Täter gewollte oder auf die von ihm ausgeführte Tat, also auf den Erfolg? Muß sich die Einwilligung auf die vom Täter gewollte Tat beziehen, so liegt wiederum ein subjektives Rechtfertigungselement vor. Die Frage, ob der Täter Kenntnis von der Einwilligung haben muß, damit sie wirksam wird, wird verschieden beantwortet. Nach Köhler[106]) geht „abgesehen von erkennbaren Ausnahmefällen die Regel dahin, daß nur eine dem Täter kundgegebene Einwilligung rechtswirksam ist". Die Einwilligung verlangt aber nicht gegenseitiges Einverständnis zwischen dem Einwilligenden und dem Täter. Keßler[107]) nimmt ebenfalls die Notwendigkeit der Kenntnis für die Rechtswirksamkeit der Einwilligung und zwar immer an. Verneint wird die Frage

von Mezger und Frank[108]); denn das Vorhandensein der Einwilligung ist etwas rein Objektives, das unabhängig von der Psyche des Täters ist. Das Objekt, auf das der Täter seinen Angriff richtet, ist objektiv nicht geeignet, rechtswidrig angegriffen zu werden.

Man kann nicht sagen, wie die Objektivisten behaupten, daß das Objekt, auf das der Täter seinen Angriff richtet, objektiv nicht geeignet ist, rechtswidrig angegriffen zu werden. Nicht das Objekt ist nicht geeignet, rechtswidrig angegriffen zu werden, sondern der Angriff des Täters ist durch die Einwilligung und deren Kenntnis nicht mehr geeignet, rechtswidrig zu wirken. Das Objekt ist wohl noch geeignet, rechtswidrig angegriffen zu werden. Ein Dritter z. B. kann durch objektiv den nämlichen Angriff sehr wohl das Rechtsgut verletzen, auch wenn die Einwilligung des Verletzten vorliegt, die dieser aber nur einem Bestimmten gewährt; nur der Angriff des bestimmten Täters, in dessen Angriff der Angegriffene eingewilligt hat, ist nicht mehr rechtswidrig. Er verliert seine Rechtswidrigkeit dadurch, daß der Angegriffene einwilligt und der Täter weiß, daß der Angegriffene einwilligt. Die Einwilligung nimmt also nicht dem Objekt die Geeignetheit, rechtswidrig angegriffen werden zu können, sondern nimmt dem mit Kenntnis der Einwilligung handelnden Täter das Geeignetsein, rechtswidrig anzugreifen. Handelt der Täter ohne Kenntnis der Einwilligung, so liegt eine Rechtsgutsbeeinträchtigung vor, da das Rechtsgut rechtswidrig angegriffen worden ist; denn der Angriff ist rechtswidrig, da er nicht durch Kenntnis der Einwilligung gerechtfertigt worden ist. Die Rechtsordnung wird nicht verletzt, wenn der Täter von der gegebenen Einwilligung weiß, sie wird aber verletzt, wenn er von der Einwilligung nichts weiß und trotzdem den Eingriff in die geschützte Rechtssphäre eines anderen wagt. Bei Kenntnisnahme ist der Täter subjektiv kein Rechtsbrecher, ohne Kenntnis ist der Täter subjektiv ein Rechtsbrecher, der die soziale Ordnung stört dadurch, daß er sich gegen einen Dritten vergeht und vergehen will. Die Rechtsordnung hat in dem einen Fall, da es an einem verbrecherischen Willen fehlt, keinen Grund, diese Handlung als rechtswidrig anzusehen, sofern nur die Einwilligung den Grundsätzen der Rechtsordnung entspricht, wohl aber in dem Fall, da der Täter ohne Kenntnis handelt; hier ist er subjektiv derselbe Störer des Rechtsfriedens, wie wenn er ohne Einwilligung gehandelt hätte, und in diesem Falle ist dann die Rechtswidrigkeit ohne weiteres gegeben. Es ist hier also die Kenntnis als notwendiges subjektives Unrechtsausschließungselement zu verlangen, entgegen Mezger, Hegler und der herrschenden Ansicht.

„Bezieht sich die Einwilligung auf die vom Täter gewollte oder auf die von ihm objektiv ausgeführte Tat, also auf den Erfolg?“ Diese zweite Frage Mezgers können wir dahingehend beantworten,

daß diese Einwilligung sich auf die vom Täter gewollte Tat beziehen muß. Die subjektive Einstellung des Täters muß zur Zeit der Tat diejenige sein, die der Verletzte beim Täter voraussetzt, wenn er seine Einwilligung gibt. Ist die subjektive Einstellung des Täters anders als der Einwilligende sich vorstellte, so verliert die Einwilligung ihre Kraft, die Handlung wird zu einer rechtswidrigen, da sie nicht gerechtfertigt wird durch die Einwilligung, gleichgültig, ob der Erfolg anders ist, als wie er erwartet wurde, oder nicht. Ist die subjektive Einstellung des Täters so, wie sie der Einwilligende billigt, so ist die Rechtswidrigkeit der Handlung durch die Einwilligung der Handlung ausgeschlossen, auch wenn der Erfolg anders ist, als ihn sich der Einwilligende vorgestellt hatte; denn im Augenblick der Einwilligung wird die Handlung des Täters gerechtfertigt durch die Einwilligung, wenn der Täter das tun will, und das seiner Ansicht nach Erforderliche tut, wozu der Verletzte eingewilligt hat. Der Erfolg kommt erst dann zustande, nachdem die Handlung schon gerechtfertigt ist. Der Ausfall der Handlung, der Erfolg der Tat, spielt für die Rechtfertigung keine Rolle mehr. Die durch die Einwilligung gerechtfertigte Tat wird durch einen ungünstigen Erfolg nicht berührt. Was durch die Einwilligung gerechtfertigt ist, ist das Wollen des Täters, wozu der Verletzte eingewilligt hat; in den Erfolg muß sich dann der Verletzte fügen. (Der Erfolg steht außerhalb des Wollens des Täters ebenso wie außerhalb der Einwilligung des Verletzten.) Handlung ist gewolltes Tun des Menschen. Ist man einverstanden mit dem Wollen, muß man sich mit dem Ergebnis der Handlung, dem Erfolg, abfinden; denn die Einwilligung bezieht sich auf eine bestimmte innere Willensrichtung des Handelnden und auf das dem entsprechende äußere Tun. Weicht demnach die innere, subjektive Willensrichtung des Täters von dem ab, worin der Verletzte einwilligte, so ist die innere Willensrichtung und damit das äußere Tun nicht von der Einwilligung erfaßt und damit rechtswidrig. Somit ist der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung von zwei subjektiven Unrechtselementen abhängig, von der Kenntnis des Täters von der Einwilligung und der Abhängigkeit der Rechtfertigungskraft der Einwilligung von der Willensrichtung des Täters.

Von mutmaßlicher Einwilligung spricht man dann, wenn die tatsächlich erfolgte Einwilligung fehlt, wenn aber der Verletzte nach objektivem Urteil in die Handlung des Täters eingewilligt hätte, so ihm die Sachlage bekannt gewesen wäre. Der Unrechtsausschluß der mutmaßlichen Einwilligung ist nach Mezger folgendermaßen[108 a]): Soweit die sogenannte Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit der Tat auszuschließen vermag, wird die tatsächliche Einwilligung in wirksamer Weise durch die sogenannte mutmaßliche Einwilligung

ersetzt. Auch in Ansehung der subjektiven Unrechtselemente gilt nach Mezger für die sogenannte mutmaßliche Einwilligung dasselbe, was er bei der wirklichen Einwilligung dafür annimmt. Der von Mezger so vertretene Grundsatz der mutmaßlichen Einwilligung wird aber sonst abgelehnt und ist tatsächlich ohne jede rechtliche Verankerung. Auch wir können uns zu keiner Bejahung der mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund entschließen, da alle hier einschlägigen Fälle, wie sie Mezger erwähnt, nicht nach dem Prinzip des mangelnden Interesses, sondern nach dem des überwiegenden Interesses gerechtfertigt werden können.

Mezger nimmt als dritten Rechtfertigungsgrund nach dem Prinzip des mangelnden Interesses Geschäftsführung ohne Auftrag an. Dagegen wenden sich mit Recht Köhler[109]) und Hegler[110]); denn wie Köhler anführt, ist die Geschäftsbesorgung im Recht der Schuldverhältnisse bei den einzelnen Schuldverhältnissen geregelt; eine Ausdehnung darüber hinaus ist nicht erfolgt. Nach Hegler ist eine strafrechtliche Verwertung der zivilrechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag eine Fehlbildung; bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Regelung des Innenverhältnisses, im Strafrecht handelt es sich um eine solche des Außenverhältnisses. Eine Anwendung dieses Grundsatzes auf das Strafrecht ist damit so überzeugend abgelehnt, daß man auf eine nähere Erörterung verzichten kann.

Die Rechtfertigung der Heilbehandlung erfolgt nur in leichteren Fällen nach dem Prinzip des mangelnden Interesses, durch Einwilligung des Verletzten. Bei Heileingriffen ernsterer Natur genügt zur Rechtfertigung nicht mehr allein die Einwilligung des Patienten; dies geschieht vielmehr auch mit nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses, das zum Prinzip des mangelnden Interesses hinzukommt. Die allgemeinen Interessen rechtfertigen eine solche Rechtsverletzung, die Einwilligung des Verletzten vorausgesetzt. Mezger forderte im „Gerichtssaal“ nicht nur, daß rein objektiv betrachtet eine Heilbehandlung vorliegen muß, die zweckmäßig ist nach den anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst, sondern auch noch den ärztlichen Heilzweck, also ein subjektives Unrechtselement. Später hat er in seinem Lehrbuch, Eberhard Schmidts[111]) Ausführungen folgend, diese Ansicht aufgegeben. Der Heileingriff stellt aber entsprechend Mezgers erster Ansicht tatsächlich immer dann eine Rechtsgutsverletzung dar, wenn es an dem subjektiven Heilzweck fehlt. Dieses ist der Fall aus einem Grunde, den Mezger nicht zum Beweis seiner Annahme, die er später ja aufgegeben hat, anführte und der stichhaltig ist. Die Heilbehandlung setzt immer eine Einwilligung voraus und diese Einwilligung bezieht sich ja nach Mezger „sowohl auf das äußere Tun wie auf eine bestimmte innere

Willensrichtung des Handelnden, nämlich hier den Heilzweck". Verfolgt der Täter nicht diesen Heilzweck, so liegt gar keine Rechtfertigung durch die Einwilligung vor, sodaß die Handlung ihren rechtsverletzenden Charakter behält. Der subjektive Heilzweck ist also tatsächlich ein notwendiges subjektives Rechtfertigungselement.[112]) Da die Heilbehandlung in der Hauptsache nach dem Prinzip des überwiegenden und des mangelnden Interesses gerechtfertigt wird, haben wir sie an dieser Stelle behandelt.

Bei der Rechtfertigung nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses fällt das Interesse, das durch die Strafdrohung geschützt werden soll, nicht weg, es besteht weiter und wird verletzt, aber die Verletzung wird gerechtfertigt durch ein überwiegendes Interesse. Das weniger wertvolle Interesse muß dem stärker begründeten Interesse weichen. Die Verletzung des unterlegenen Interesses wird gerechtfertigt durch Erhaltung des überwiegenden Interesses. Oft ist dabei das überwiegende Interesse ein Allgemeininteresse. Das Einzelinteresse muß dem Allgemeininteresse weichen, wenn beide kollidieren.

Zu einer solchen Rechtfertigung kommt es bei Interessenverletzung in Ausübung von Amts- und Berufspflichten. Nun fragt es sich wieder, tritt der Ausschluß des Unrechts schon ein, wenn die objektive Rechtslage vorliegt, oder muß dazu noch die entsprechende subjektive Absicht hinzukommen, d. h. muß der Angreifer mit dem vom Gesetz gewollten Zweck handeln, sind also subjektive Elemente notwendig für den Unrechtsausschluß. Hier werden drei Ansichten vertreten. Die subjektivistische Richtung, die von Bar, Nagler, z. T. von Beling und von Graf Dohna vertreten wird, besagt, daß die Rechtfertigung durch Ausübung einer Amts- oder Berufspflicht nur dann gegeben ist, wenn der Betreffende erstens dem Gesetz entsprechend handelt, also die objektiven Voraussetzungen erfüllt, und zweitens den vom Gesetz gebilligten Zweck erstrebt. Die Rechtfertigung entfällt, wenn der Täter einen unerlaubten Zweck verfolgt. Einen objektiven Standpunkt vertreten Hegler und Sauer. Hegler verneint die Notwendigkeit subjektiver Momente für die Rechtfertigungsgründe aus Amts- oder Berufspflicht, da subjektive Zwecke eine an sich objektiv gerechtfertigte Handlung nicht rechtswidrig-gesellschaftsschädlich machen können. Auch Sauer kommt es nur auf die objektive Nützlichkeit der Handlung an, unabhängig von der Gesinnung des Täters. Mezger vertritt eine Mittelmeinung. Nach ihm stehen sich zwei widersprechende Interessen der Rechtsordnung gegenüber, das Interesse an klarer, objektiver Abgrenzung der besonderen Amts- und Berufsbefugnisse und das Interesse an ausschließlicher Uebertragung ihrer Ausübung an den „subjektiv" pflichtgemäß Handelnden. Um beiden Interessen gerecht zu werden,

schlägt er folgenden Ausgleich vor: Wo das Gesetz im Einzelfall die Voraussetzungen einer Amtshandlung genau umschreibt, soll es bei der „objektiven“ Abgrenzung ihrer Rechtmäßigkeit verbleiben. Hier sollen die subjektiven Zwecke des Täters nicht geprüft werden. Ein Beispiel dafür ist die Verhaftung gemäß § 112 ff. StPO. Wo es an solcher genauen gesetzlichen Abgrenzung fehlt, wo der in Amts- oder Berufspflicht Handelnde nach seinem „volitiven“ Ermessen zu handeln hat, kommt es auf die subjektiven Zwecke des Handelnden an; hier macht der Mangel des vom Recht geforderten subjektiven Zwecks das Handeln rechtswidrig. Das Interesse an der psychischen Gewähr überwiegt hier das Interesse an objektiv klarer Abgrenzung von Recht und Unrecht. Als Beispiel kann die Strafzumessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens angeführt werden. Der Ansicht Mezgers ist zuzustimmen. Die Rechtfertigung wegen einer Amts- oder Berufspflicht geschieht auf dem Boden des Prinzips des überwiegenden Interesses. Das Interesse, auf das der Täter sich stützen kann, überwiegt aber in den von Mezger angeführten Fällen tatsächlich nicht, wenn das subjektive Moment nicht hinzukommt. Das Interesse wird erst stark genug, um über das Interesse des Angegriffenen sich hinwegsetzen zu können, wenn dies Interesse fundiert ist durch die Gewähr von objektiver Abgrenzung von Recht und Unrecht und der psychischen Gewähr des pflichtbewußten Handelns. In den vom Gesetz genau bestimmten Fällen wird das Interesse dadurch genügend stark herausgearbeitet, daß es auf die psychische Fundierung verzichten kann.

Auch bezüglich der Rechtfertigung durch Ausübung des Erziehungsrechts stehen sich die Meinungen gegenüber. Bar, Nagler, Graf Dohna und ebenso M. E. Mayer halten das psychische Element für die Rechtfertigung von unbedingter Bedeutung. Hegler, Sauer und Zimmerl sind der Ansicht, daß das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen für eine Rechtfertigung auf Grund des Erziehungsrechts genügt. Schmidt, der noch in der 25. Auflage des Liszt-Schmidtschen Lehrbuchs einen objektivistischen Standpunkt vertrat, hält jetzt auch die subjektiven Elemente hier für entscheidend. Nach Mezger lassen sich die subjektiven Zwecke des Handelnden bei Prüfung der Rechtfertigung nicht ausscheiden, da es sich in der Regel um Ausübung eines „volitiven“ Ermessens handelt. Daß die Züchtigung zum Zwecke der Erziehung von Seiten des Züchtigenden vorgenommen worden sein muß, damit sie gerechtfertigt wird, ist nicht nur juristisch am vertretbarsten, sondern auch vom pädagogischen Standpunkt aus am begrüßenswertesten. Eine nicht vom subjektiven Erziehungszweck getragene Züchtigung kann sich ja letzten Endes objektiv gar nicht rechtfertigend auswirken. Daher ist diese Ansicht am vertretbarsten, daß die Rechtfertigung abhängig ist vom sub-

jektiven Moment. Auch hier haben wir es somit mit einem täterpsychischen unrechtsrelevanten Element zu tun.

Auch die Pflichtenkollision rechtfertigt sich nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses. Die bedeutungsvollere Pflicht ist auf Kosten der minder bedeutungsvolleren zu erfüllen. Da ja der Täter die Möglichkeit haben muß, rechtmäßig zu handeln, kann das Nichterfüllen der unbedeutenderen Pflicht daher nicht rechtswidrig sein. Sind nun für die Bedeutung der Pflicht allein objektive Maßstäbe maßgebend oder wirkt dabei auch die Willensrichtung des Handelnden mit? Mezger vertritt hier den Standpunkt streng objektiver Beurteilung. Nach unserer Ansicht wird die Verletzung eines Rechtsguts zugunsten eines anderen nur dann gerechtfertigt, wenn erstens die objektiven Voraussetzungen gegeben sind, also tatsächlich Pflichtenkollision vorliegt, und zweitens der Täter mit dieser subjektiven Einstellung handelt, das eine Rechtsgut wirklich im Interesse eines höherwertigen zu verletzen. Sonst kann sein Tun nicht gerechtfertigt erscheinen. Ein Handeln ohne die bestimmte subjektive Einstellung, das eine Recht nur zu verletzen, um dem anderen Recht zu dienen, entbehrt der Rechtfertigung. Man kann nicht einer Pflicht gerecht werden, ohne den bestimmten Willen dazu. Die Erfüllung einer Pflicht kann nicht die starke Kraft haben, die Pflichtverletzung, eine Rechtsgutsverletzung, zu rechtfertigen, wenn diese Pflicht erfüllt wird ohne das Bewußtsein und das Wollen, eine Pflicht zu erfüllen, und dafür die Verletzung einer anderen Pflicht, eine Rechtsverletzung auf sich zu nehmen. Das hieße eine Rechtsverletzung zu leicht rechtfertigen zu wollen. Daß eine Rechtsverletzung nicht nur entschuldigt, sondern sogar gerechtfertigt wird, daß aus dem Unrecht Recht wird, setzt nicht nur die objektive Grundlage einer Pflichtenkollision voraus, sondern auch eine Rechtfertigung aus der Person des Täters. Handelt der Täter im Bewußtsein seiner Pflichtenkollision, so ist er kein Rechtsbrecher; das Recht, als großes Ganzes betrachtet, ist nicht verletzt trotz des einen verletzten Rechtsguts. Handelt er aber ohne dieses Bewußtsein, ohne dieses von der Rechtsordnung gebilligte Ziel, so ist die Rechtsordnung verletzt. Die Verletzung des einen Rechtsguts ohne dieses Bewußtsein stört den Rechtsfrieden, die Rechtssicherheit, das Rechtsbewußtsein der Gesamtheit. Eine Rechtfertigung durch Pflichtenkollision setzt also auch die entsprechenden psychischen Momente im Handelnden voraus. Auch hier kommt unserer Ansicht nach wieder ein täterpsychisches unrechtsbedeutsames Element zum Vorschein.

Bei der Notwehr nach § 53 StGB. sind die uns interessierenden Fragen folgende: Kann sich jemand auf Notwehr nur dann berufen, wenn er subjektiv die Notwehrlage gekannt hat? Setzt die Notwehrverteidigung subjektiv ein Handeln mit Verteidigungs-

zweck oder sogar ausschließlichem Verteidigungszweck voraus? Ein Bejahen dieser Fragen bestätigt das Vorliegen subjektiver Unrechtsausschließungsgründe. Auch hier sind die Meinungen verschieden. Die Kenntnis der Notwehrlage halten für erforderlich Köhler [113]) und Binding,[114]) dazu Verteidigungswillen, wenn auch nicht ausschließlichen, nehmen Frank, Allfeld, H. A. Fischer, Schmidt, Olshausen, Graf Dohna für notwendig an. Den Verteidigungswillen nicht für nötig halten Köhler, Beling, Hegler, Sauer, Zimmerl und Mezger. Das positive Recht gibt uns für diese Fragen keine genügende Auskunft. Fest steht nur der an sich objektive Ausgangspunkt eines Unrechtsurteils; subjektive Unrechtselemente bedürfen eines besonderen Nachweises. Fest steht auch, daß der § 53 StGB. eine Rechtfertigung enthält. Daß ihn das Gesetz objektiv fundiert haben will, steht danach auch fest. Das ergibt sich auch unbedingt daraus, daß das Unrechtsurteil objektiv begründet sein muß. Aber ob daneben noch ein subjektives Moment hinzutreten muß zur Rechtfertigung, darauf gibt uns das positive Recht entgegen Mezger keine Antwort. Der Rechtsgedanke an sich verlangt aber, daß der Notwehrer weiß, daß er in Notwehr handelt, und daß er handelt, weil er sich in Notwehrstellung sieht. Dann ist er ein Verteidiger seines Rechts und handelt nicht rechtswidrig. Damit stört er nicht den Rechtsfrieden und hilft der Idee des Rechts zum Sieg. Andernfalls ist er, auch wenn er objektiv sich in Notwehrlage befindet, doch ein Rechtsbrecher, ein Feind der völkischen Gemeinschaft. Nur ein außerhalb seiner selbst zufällig waltender Umstand verhütet, daß er durch seinen subjektiven Rechtsbruch einen konkreten Schaden anrichtet; rein subjektiv hat er diesen angerichtet ebenso wie derjenige, der wegen absolut untauglichen Versuchs bestraft wird. Verteidigungswille muß also verlangt werden, nur dieser nimmt der Notwehrtat den rechtswidrigen Charakter und läßt den Notwehrer nicht zu einem Rechtsbrecher werden. Notwehrwille setzt logischerweise Notwehrkenntnis voraus. Also in der Notwehr des § 53 StGB. sind Notwehrkenntnis und Notwehrwille subjektive Momente, die unrechtsbedeutsam sind; diese Momente erst bewirken eine Rechtfertigung. Auch das Reichsgericht [115]) hält Verteidigungswillen für notwendig.

Der gesetzliche Notstand des § 54 StGB. und der Nötigungszustand des § 52 StGB. sind nicht näher zu untersuchen, da sie nach herrschender Ansicht einen Entschuldigungs- und keinen Rechtfertigungsgrund darstellen.[116])

Für den übergesetzlichen Notstand gilt das für die Pflichtenkollision Gesagte. Das Prinzip des überwiegenden Interesses umfaßt auch alle die Fälle, wo ein vom Recht geringer bewertetes Interesse dem Zweck der Erhaltung eines höher bewerteten Inter-

esses geopfert wird. Nur muß der Zweck objektiv und subjektiv fundiert sein. Also liegt dann auch hier wieder ein subjektives Unrechtsausschließungselement vor.

Enthält die Formel „zur Wahrung berechtigter Interessen" in § 193 StGB. subjektive Rechtfertigungselemente? Das Reichsgericht verlangt in ständiger Rechtsprechung zur Anwendung der Rechtfertigung nach § 193, daß der — wenn auch nicht ausschließliche — Zweck der Aeußerung Interessenwahrnehmung gewesen sein muß. Auch in der Literatur ist diese Meinung überwiegend, anderer Ansicht sind Hegler, Mezger und Sauer.[117]) Hier kann man der Meinung Mezgers und Heglers nicht zustimmen, da die subjektiven Momente zu den objektiven Voraussetzungen hinzukommen müssen; denn objektive Berechtigung allein reicht noch nicht aus, um einer Beleidigung den rechtsgutsverletzenden Charakter zu nehmen. Erst die subjektive Einstellung des Täters — vorausgesetzt, daß objektiv das berechtigte Interesse vorhanden und die Tat geeignet ist, das Interesse wahrzunehmen — macht das Interesse des Täters zu einem überwiegenden und nimmt damit der Beleidigung als einer Verletzung des schwächeren Interesses die Rechtswidrigkeit. Eine teleologische Rechtsbetrachtung muß notwendigerweise zu diesem Schluß kommen — auch auf dem Boden der objektiven Rechtswidrigkeitslehre; denn der Zweck, den das Gesetz hier verfolgt, ist doch der, einer menschlichen Handlung, die aus dem Grunde vorgenommen wird, um ein Recht zu wahren, und die das nur kann durch Verletzung eines geringwertigeren, nicht als Unrecht anzusehen. Eine Handlung, die objektiv und subjektiv dem Zweck gerecht wird, Recht zu wahren, ist nicht rechtswidrig. Diese Tat ist kein Rechtsbruch, der Täter kein Rechtsbrecher. Er ist nicht ein entschuldigter Rechtsbrecher; er ist überhaupt kein Rechtsbrecher. Seine Handlung stellt sich, von der Rechtsordnung aus objektiv betrachtet, nicht als Rechtsverletzung dar trotz einer an sich vorhandenen Rechtsgutsverletzung, da die Wahrung des stärkeren Rechts die Verletzung des schwächeren rechtfertigt. Als Rechtsbruch stellt sich aber diese Handlung dar, wenn sie im Schutz der objektiven Geeignetheit, Rechtsschutz des intensiveren Rechtsguts zu sein, subjektiv als Rechtsverletzung des anderen Rechtsguts gemeint ist. Eine solche Handlung ist kraft ihrer subjektiven Zwecksetzung objektiv nicht geeignet, Recht zu wahren. Sie ist Rechtsbruch, der nicht gerechtfertigt ist vor der Rechtsordnung durch seinen Zweck. Die Rechtsidee wird bei subjektivem und objektivem Vorliegen der Wahrung berechtigter Interessen gestärkt und durchdringt diese Handlung und rechtfertigt sie. Fehlt aber das subjektive Element, so wird die Rechtsidee verletzt. Auch eine objektive Geeignetheit vermag die Tat nicht vor dem Recht zu rechtfertigen. Es ist ein immaterieller Rechtsschaden eingetreten.

Zusammenfassung.

Wenn wir nun das Ergebnis unserer Untersuchung überschauen, können wir zusammenfassend feststellen, daß subjektive Unrechts- und Rechtfertigungselemente tatsächlich existieren, daß das geltende Strafgesetzbuch von ihnen in seinen Einzelbestimmungen in starkem Maße durchdrungen ist und daß diese Erkenntnis sich heute bereits weitgehend durchgesetzt hat, wenn auch ihr Wesen, ihre Funktion und ihre Auswirkung noch nicht restlos geklärt ist. Fest steht jedoch, wie wir weiterhin gesehen haben, daß dieser Lehre praktische Bedeutung zukommt für die einzelnen Fragen des allgemeinen Teils des Strafrechts und daß sie geeignet ist, uns eine klare Einsicht in die Struktur der Einzeltatbestände zu vermitteln, wie sie auch zu einer brauchbaren, praktisch wie theoretisch gut fundierten Herausarbeitung und Scheidung der Begriffe Unrecht und Schuld den Weg gewiesen hat. Auch für die Theorien der Strafrechtswissenschaft hat sie sich als kritisch und ausgleichend erwiesen, zeigte sie uns doch die grundsätzliche Bewährung der objektiven und der materiellen Rechtswidrigkeitslehre und kann sie zu einer Annäherung von subjektivistischen und objektivistischen Richtungen in der strafrechtlichen Lehrmeinung führen. Ihre grundsätzliche Richtigkeit und Bedeutung auch für das kommende Strafrecht hat sie unter Beweis gestellt dadurch, daß sie das Eindringen der Idee des Willensstrafrechts in das geltende Strafrecht ermöglicht hat. Auch sie hat dazu beigetragen, dem Strafrecht dazu zu verhelfen, seinem obersten Zweck gerecht zu werden, Schutz des Volkes und der völkischen Gemeinschaft zu sein und hat damit ihre Rechtfertigung gefunden.

Anmerkungen.

1) Kriminalistische Abhandlungen, I. zur Lehre von den Grundeinteilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen. Leipzig 1867.

Hauptvertreter der subjektivistischen Richtung sind außerdem Thon August (Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878).

Hold von Ferneck, Alexander (Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgem. Lehren des Strafrechts. Jena, Bd. I. 1903, Bd. II. 1905).

2) Beling, vor allem in Lehre vom Verbrechen, vgl. auch Frank Komm.

3) Hegler, ZStW. 36, S. 32.

4) Lehrbuch, Bes. Teil, I. S. 20.

5) z. B. Erik Wolf, Typen.

6) vgl. dazu die eingehenden Ausführungen Mezgers in G. S. 89, S. 208 ff.

7) Fischer, Die Rechtswidrigkeit, S. 288.

8) Rechtsnormen und subjektives Recht. S. 20 ff.

9) a. a. O., S. 137.

10) ZStW. 36, S. 19 ff.

11) Bd. I. S. 251 ff.

12) Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand. Strafrechtl. Abh. Heft 237.

13) Frank-Festgabe, S. 428 ff.

14) Traeger-Festschrift, S. 207.

15) Komm. 16. Aufl. § 59, VI.

15a) Vgl. S. 8 ff., bes. 12, 182.

15b) S. 344 ff.

16) S. 187 ff.

17) Lehrbuch, 26. Aufl. I. S. 175, A. 3.

18) a. a. O., § 59, VI.

19) Dohna, ZStW. 52, S. 96 ff.

20) S. 279 ff.

21) S. 428 ff.

22) Vgl. Goldschmidt, Der Notstand ein Schuldproblem. Wien 1913.

23) Binding. Normen. 2. Aufl. I. S. 258.

24) Traeger-Festschrift, S. 229.

24a) Vgl. auch Olshausen, Schwartz, Ebermayer, Allfeld.

25) Allfeld 335, RG. E. 53, 293, E. 45, 247, E. 28, 200. Anderer Ansicht Frank zu § 216; derselben Ansicht Olshausen, § 216, A. 8, Schwartz, A. 1.

26) Traeger-Festschrift, S. 213.

27) Binding, Lehrb. I. S. 243; Frank, Kom. § 267 V. 2b; R.G. 35, 337; anderer Ansicht Kohlrausch 11. zu § 267.

27a) so auch Binding, Lehrb. I, S. 251. Nach herrschender Ansicht ist allerdings Kenntnisnahme eines Dritten von der Urkunde für das Gebrauchmachen nicht wesentlich.
28) R G. E. 26, 370.
29) Binding, Lehrb. I. S. 133.
30) S. 132 ff.
31) vgl. E. 34, 269; E. 26, 349; E. 18, 314.
32) Liszt-Schmidt, § 174; Frank, § 130 II.
33) als Beispiel Frank, § 126.
34) Binding, a. a. O., I. S. 190, ebenso Olshausen, Schwartz, Frank, vgl. Olshausen, § 360, Ziff. 11d, Schwartz 34, Frank, § 360 XI.
35) Gerland Heinrich, Deutsches Reichsstrafrecht 1922, S. 294. Rosenberg, Leipziger Komm. § 360 XI, 3. Früher Liszt, § 190.
36) Frank, Komm. § 241.
37) R G. E. 33, 234.
38) Allfeld, S. 388; dagegen Olshausen, §239, Anm. 3.
39) R G. E. 6, 135.
40) Allfeld, S. 472; Liszt-Schmidt, § 139; Wachenfeld, S. 405; Gerland, S. 503.
41) Lehrbuch I. S. 10 ff.
42) ZStW. 36, S. 31.
43) Lehrbuch, S. 172.
43a) Typen, S. 20 ff.
44) Frank-Festgabe, S. 256.
45) Binding, Lehrbuch II. S. 877; Ebermayer, Leipz. Komm. § 131, 5; Olshausen, § 131, 7.
46) Lehre vom Tatbestand. S. 29 ff.
47) Herrschende Lehre und Reichsgericht. Vgl. E. 57,239; E. 23, 233. Vgl. auch Binding, ZStW. 2, S. 450 ff.
48) vgl. M. E. Mayer. Allg. Teil. S. 185 ff.
49) S. 309, Anm. 1.
50) Lehre vom Tatbestand. S. 48 ff.
51) Typen der Tatbestandsmäßigkeit. S. 63.
52) Frank-Festgabe I. S. 460.
53) Lehrbuch. S. 185.
54) S. 91 f.
55) Typen. S. 22.
56) Herrschende Meinung, vgl. Frank, Komm. § 257, V.
57) Frank, § 263, I. VIII.
58) Frank-Festgabe I. 307, Anm. 1.
59) Lehre vom Tatbestand. S. 40.
60) Frank-Festgabe I. S. 312, Anm. 5.
61) vgl. R. G. Str. 9, 142 f.
62) anders z. B. in § 315, der verlangt, „daß dadurch der Transport in Gefahr gesetzt wird“ und nicht „um den Transport zu gefährden“.
63) Ebermayer, Leipz .Komm. § 83, 3.
64) Lehre vom Tatbestand. S. 15.
65) Frank-Festgabe I. S. 312.
66) Hegler, in Frank-Festgabe I. S. 310, in ZStW. 36, S. 31 ff; Mezger, G. S. 89, S. 260, ebenso Sauer, S. 343 ff.
67) Frank-Festgabe, S. 312.
68) vgl. Binding, Lehrb., Bes. Teil, I. S. 13.
68a) außer in § 159, wo dieses nicht zutreffend ist.
69) vgl. zu Gewerbsmäßigkeit E. 53, 59 und E. 58, 19, zu Gewohnheitsmäßigkeit E. 32, 394, zu Geschäftsmäßigkeit Olshausen zu § 144.

70) G. S. 89, S. 262.
71) Frank-Festgabe I. S. 307.
71a) vgl. dazu Binding, Lehrbuch I, 2, S. 205, der sagt, daß das Grunddelikt der Kuppelei in allen Fällen dasselbe bleibt.
72) Traeger-Festschrift, S. 200.
73) Frank-Festgabe, S. 308.
74) Frank-Festgabe, S. 278.
76) Die Rechtswidrigkeit, S. 286.
77) Lehre vom Verbrechen, S. 142.
78) Der Begriff der Rechtswidrigkeit, S. 286.
79) Strafrecht, Allg. Teil, S. 12.
80) Grundlagen, S. 348.
81) vgl. Entsch. des 7. Zivilsenats. E. Ziv. LXVIII. 425 f.
82) Komm. BGB. 7./8. Aufl. 1912, zu § 226.
83) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 18./21. Aufl. 1923.
84) 3. Aufl. 1921, zu § 226.
85) Lehrbuch, S. 171, 172.
86) § 59, VI.
87) S. 188 ff. Vgl. auch ZStW. 49, S. 390 ff.
88) Frank-Festgabe I. S. 287 ff.
89) G. S. 89, S. 261.
90) Vom Sinn, S. 207.
91) Frank-Festgabe I. S. 292.
92) a. a. O., S. 296.
93) a. a. O., S. 186.
94) S. 188.
95) Mangel am Tatbestand nimmt Hegler an in Frank-Festgabe I, S. 333 und in ZStW. 36, S. 34, Anm. 41. Straflosigkeit nehmen auch Binding, Normen, 2. Aufl. III. S. 236 f. u. 28, Liszt-Schmidt, 25. Aufl., S. 673 an. Vgl. auch v. Hippel, Lehrbuch II. S. 188. Wegen vollendeten Diebstahls würde Beling strafen, vgl. Lehre vom Verbrechen, S. 196 f.
96) vgl. dazu Hegler, Frank-Festschrift, S. 336.
97) M. E. Mayer, S. 369; Zimmerl, S. 44; Allfeld, S. 201; Olshausen, zu § 46; Leipz. Komm. zu § 146.
97a) vgl. R. G. Str. 71, 194; Kohlrausch, § 49, 5.
98) Frank-Festgabe I. S. 434.
98a) Lehrbuch, S. 444.
99) Lehrbuch, S. 556.
100) vgl. z. B. Binding, Lehrb. I. S. 13; Normen II. S. 874; Liszt-Schmidt, S. 735.
100a) vgl. dazu S. 14 dieser Arbeit.
101) Grundlagen, S. 345 ff.
102) Lehre vom Tatbestand, S. 67 ff.
103) G. S. 89, S. 270 ff.
104) Lehrbuch, S. 188.
105) Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 62 ff.
106) Strafrecht, S. 411.
107) Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884.
108) § 51, III.
108a) Mezger Gr. 65 nennt sie jetzt „richterliche Mutmaßung der Einwilligung“.
109) Strafrecht, S. 388, 396.
110) ZStW. 36, S. 42, Anm. 61.

111) ZStW. 49, S. 396 ff.
112) so auch Fischer, M. E. Mayer und Graf Dohna.
113) Strafrecht, S. 287 ff.
114) Normen II. S. 612.
115) vgl. R. G. St. 54, 199; 56, 285; 60, 261.
116) vgl. Dohna, Die Rechtswidrigkeit. S. 127; Frank, Aufbau des Schuldbegriffs, S. 13; Goldschmidt, Der Notstand, 45 ff.; M. E. Mayer, S. 304; Hegler, ZStW. 36, 214; Mezger, G. S. 89, S. 313; a. A. Binding 765, Allfeld 130 und Hold v. Ferneck, Rechtswidrigkeit, 2, 144.
117) Hegler, ZStW. 36, S. 36; Mezger, G. S. 89, S. 312.

Literatur-Verzeichnis.

Allfeld, Philipp: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig, Erlangen 1922.
von Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Band 1—3, 1906—1909.
Beling, Ernst: Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen, 1906.
— —: Grundzüge des Strafrechts. 10. Aufl. Tübingen, 1928.
— —: Die Lehre vom Tatbestand. Tübingen, 1930.
Binding, Karl: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. 2. Aufl. Leipzig, 1902.
— —: Die Normen und ihre Uebertretung. I.—IV. Band.
Braun, Werner: Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente. Lpz. 1936.
Bungenstab, Walter: Die Theorie der subjektiven Unrechtselemente und die Teilnahme. Breslauer Diss. 1933.
Claß, Wilhelm: Grenzen des Tatbestands. Breslau, 1933.
Dohna, Alexander Graf zu: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Halle 1905.
— —: Recht und Irrtum. Mannheim-Berlin-Leipzig 1925.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch. IV. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.
Engisch, Carl: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit. Bln. 1930.
Finger, August: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Halle 1904.
Fischer, Hans A.: Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. München 1911.
Frank, Reinhard: Der Aufbau des Schuldbegriffs. Gießen 1906.
— —: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 16. Aufl. 1925. 18. Aufl. 1930. Tübingen.
v. Gemmingen: Die Rechtswidrigkeit des Versuchs. 1932.
Goldschmidt, James: Normativer Schuldbegriff. In Festgabe für R. v. Frank. Tübingen 1930. Bd. I, S. 428 ff.
Grünhut, Max: Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft. In Festgabe für R. v. Frank. Tübingen 1930. Bd. I, S. 1 ff.
— —: Grenzen des übergesetzlichen Notstandes. ZStW. 51, 455 ff.
Hegler, August: Die Merkmale des Verbrechens. ZStW. 36, 19 ff.
— —: Die Systematik der Vermögensdelikte. Arch. f. Rechts- und Wirtsch.-Phil. Bd. IX, S.153 ff.
— —: Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs. Festgabe für R. v. Frank, Bd. I, S. 251 ff.

v. Hippel, Robert: Deutsches Strafrecht. Bd. I, 1925, Bd. II, 1930, Berlin.
Hold v. Ferneck, Alexander: Die Rechtswidrigkeit, Bd. I, 1903, Bd. II, 1905. Jena.
Honig, Richard: Die Einwilligung des Verletzten, 1919.
Hofmann, Fritz: Die normativen Elemente des bes. u. allg. Tatbestandes. Strafr.-Abh. H. 272. Breslau 1930.
Klee: Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, in: Das kommende deutsche Strafrecht. Allg. Teil. 1934.
Humbert, George: Subjektive Elemente der Rechtswidrigkeit in ihrer Bedeutung für die allg. Rechtfertigungsgründe. Freiburger Diss. 1932.
Kern: Die Aeußerungsdelikte. 1919.
Köhler, August: Deutsches Strafrecht. Allg. Teil. Leipzig 1917.
— —: Die Schuld als Grundlage des Strafrechts. In G.S. 95, 433 ff., 96, 91 ff.
Krit. VJSchr. 29 (neue Folge), 160—180.
Kohlrausch: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 27. Aufl. Berlin u. Leipzig 1927.
Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. Leipzig-Berlin 1927, bes. von Eberhardt Schmidt. 26. Aufl. 1932.
Mayer, M. E.: Allgemeiner Teil des Strafrechts. Heidelberg 1915.
Mezger, Edmund: Die subjektiven Unrechtselemente. G.S. 89, 207.
— —: Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in Festschrift für Ludw. Traeger, Berlin 1926, S. 187 ff.
— —: Strafrecht. Ein Lehrbuch. 2. Aufl. 1933.
Nagler, Johannes: Der Begriff der Rechtswidrigkeit. In Festschrift für R. v. Frank, Bd. I, S. 339 ff.
— —: Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. In Festschrift für Binding, 1911, S. 275 ff.
Olshausen's Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. Berlin 1927.
Sauer, Wilhelm: Grundlagen des Strafrechts. Berlin 1927.
Schmidt, Eberhard: Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand. ZStW. 49, S. 349 ff.
Schwinge, Erich: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Bonner rechtsw. Abh. Heft 14. 1930.
Thierfelder, Rudolf: Objektiv gefaßte Schuldmerkmale. Strafrechtliche Abh. Breslau 1932.
Torp: Untersuchungen zur Allgem. Rechtslehre. ZStW. Bd. 23.
Vollmann, Herbert: Die subjektiven Unrechtselemente im Strafrecht. Erlanger Diss. 1933.
Wachinger: Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, in Festgabe für R. v. Frank, Bd. I, S. 469 ff.
Wolf, Erik: Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Tatbestandselementen für den Irrtum über Strafmilderungsgründe. In Mon. Krim. Psych. Bd. 20, S. 665 ff. 1931.
— —: Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Breslau 1932.
— —: Vom Wesen des Täters. Recht und Staat. Heft 87.
Zimmerl, Leopold: Zur Lehre vom Tatbestand. Strafr. Abh. H. 237.